



PhD-FDEF-2012-02

Faculté de Droit, d'Économie et de Finance

THÈSE

Soutenue le 06/01/12 à Luxembourg

en vue de l'obtention du grade académique de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

EN DROIT

par

Nimrod Roger TAFOTIE YOUMSI

né le 18 janvier 1974 à Batoufam (Cameroun)

BUILD, OPERATE AND TRANSFER (BOT) PROJECTS
CONTRIBUTION A L'ETUDE JURIDIQUE D'UNE MODALITE DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE A LA LUMIERE DE L'APPROCHE LAW AND ECONOMICS

Jury de thèse

Pr. Dr. André PRÜM, Directeur de thèse
Professeur, Université du Luxembourg

Pr. Dr. Pierre VAN OMMESLAGHE
Professeur Emérite, Université Libre de Bruxelles

Pr. Dr. Pierre-Henri CONAC, Président
Professeur, Université du Luxembourg

Pr. Dr. Isabelle RIASSETTO
Professeur, Université du Luxembourg

Pr. Dr. Bruno DEFFAINS
Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas

BUILD, OPERATE AND TRANSFER (BOT) PROJECTS

Contribution à l'étude juridique d'une modalité de partenariats public-privé à la lumière de l'approche *Law and Economics*

« Me tenant comme je suis, un pied dans un pays et un pied dans l'autre, je trouve ma condition très heureuse, en ce qu'elle est libre. »

René Descartes dans une lettre à la princesse Elisabeth de Bohême
Paris 1648

«(...) Il y a une urgente et indispensable nécessité de régénération de la pensée classificatoire dominante actuelle pour une pensée indifférenciée primordiale réunissant en son sein les contraires.»

Enet Mutamba, léganthropologue congolais.

REMERCIEMENTS

Que tous ceux qui ont partagé les péripéties de cette grande aventure daignent lire ici la reconnaissance d'une profonde gratitude.

En premier lieu, Messieurs les Professeurs Pierre Van Ommeslaghe et André Prüm, à l'intelligence et à la bienveillance desquels cette étude doit tant et qui nous ont fait l'insigne honneur de la diriger. Ensuite, Madame le Professeur Isabelle Riassetto dont l'écoute, l'enthousiasme et les conseils avisés nous ont été fort précieux.

Cette étude est également redevable pour une part importante à la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg et en particulier à son Doyen, M. le Professeur André Prüm qui nous a offert l'opportunité d'y être assistant, dans un environnement de travail très convivial et dynamique, et d'avoir accès à des ressources inestimables y compris un séjour en Illinois dans le berceau de *Law & Economics*.

A Monsieur Jean Gilbert Tueno qui, en 1997 et sans le savoir, nous a inspiré ce sujet de thèse lors de l'un de nombreux et passionnants échanges lorsque nous travaillions en son étude. Son soutien constant, ses encouragements et ses conseils nous ont été particulièrement précieux.

A Mesdames Christine Hurt et Cynthia A. Williams ainsi que Monsieur Nuno Garoupa, professeurs à l'University of Illinois College of Law pour leurs précieux avis et documents.

A Monsieur le Professeur émérite Ejan Mackaay de l'Université de Montréal et Monsieur le Professeur Fernando Gomez de l'Universitat Pompeu Fabra pour toutes les indications bibliographiques, documents et encouragements.

A Messieurs les Professeurs Nicolas Angelet et Arnaud Nuyts de l'Université Libre de Bruxelles qui, par leur enthousiasme dans l'encadrement de notre DEA et leurs encouragements, ont contribué à poser les fondements de cette étude.

Au très regretté Jean Verlinden ainsi qu'à sa veuve Thérèse-Marie dont la Foi en Dieu, l'Amour de l'autre et le courage ont été une précieuse source d'inspiration.

Aux Docteurs Jean-Paul Sersté et Katoishi Mukendi de la polyclinique du Lothier à Bruxelles pour leur bienveillante attention.

A mes parents qui n'ont eu de cesse de m'enseigner que l'Homme doit être au centre de toute préoccupation quelle qu'en soit par ailleurs la sophistication.

A mes collègues, mes amis et ma famille.

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS (EN FRANÇAIS ET/OU EN ANGLAIS)

AJDA :	Actualité juridique droit administratif
AJIL :	American Journal of International Law
AMGI :	Agence multilatérale de garantie des investissements
Ann. dr. lux :	Annales de droit luxembourgeois
Ann. IDI :	Annuaire de l'Institut de droit international
APD :	Archives de philosophie du droit
Art. :	Article
Berkeley J. of Int.' Law :	Berkeley Journal of International Law
BOT :	Build Operate and Transfer
BYBIL :	British YearBook of International Law
Cass. be:	Cour de cassation de Belgique
Cass. fr:	Cour de cassation de France
CCI :	Chambre du commerce international
CDVA:	Commission droit et vie des affaires
CE.fr :	Conseil d'Etat français
CE.lu :	Conseil d'Etat luxembourgeois
CEDIN :	Centre du droit international
Chap. :	Chapitre
Chron. :	Chronique
CIJ :	Cour internationale de Justice de La Haye
CIRDI/ICSID :	Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement
Civ. :	Civil
CJCE/CJUE :	Cour de justice des Communautés européennes/ de l'Union européenne
CNUDCI/UNCITRAL :	Conférence des nations unies pour le droit du commerce international
Conv. :	Convention (s)
Cornell LQ :	Cornell Law Quaterly
DEA :	Diplôme d'études approfondies (en droit)
DPCI :	Droit et pratiques du commerce international
ECA :	Export credit agency
EIB/BEI:	European Investment Bank/Banque européenne d'investissement
EPC :	Engineering, Procurement and Construction (contracts)
EUROSTAT:	Office européen des statistiques
Fasc. :	Fascicule
FIDIC :	Fédération internationale des ingénieurs-conseils
FMI :	Fonds monétaire international
Gaz. Pal :	Gazette du Palais
GIP :	Groupement d'intérêt public
i.e. :	Id est
IBL :	International Business Lawyer
ICLR :	International Construction Law Review
ICSID Rev.	International Centre for Settlement of Investment Disputes Review
IFC :	International Financial Corporation
IFLR :	International Financial Law Review
IGD :	Institut de la gestion déléguée
ILM :	International Legal Material
ILR :	International Law Review
Infra :	ci-dessous

ISO	:	International Organization for Standardization
JCP G/E	:	Jurisqueur périodique (semaine juridique) édition générale/entreprise
JDE	:	Journal du droit européen
JDI	:	Journal du droit international (Clunet)
JOCE	:	Journal officiel des communautés européennes
JORC	:	Journal officiel République du Cameroun
JORF	:	Journal officiel République française
JORS	:	Journal officiel République du Sénégal
JTbe	:	Journal des tribunaux (belge)
JTlux	:	Journal des tribunaux luxembourgeois
Jurisl.	:	Jurisqueur (Publications LexisNexis – droit international, commercial...)
LDC	:	Less Developed Country
LGDJ	:	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Litec	:	Librairies techniques
MB	:	Moniteur belge
MIGA	:	Multilateral Investments Guarantee Agency
OCDE/OECD	:	Organisation pour la coopération et le développement économiques
ODP	:	Optimisation de la dépense publique
OHADA	:	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OMC	:	Organisation mondiale du commerce
ONUDI/UNIDO	:	Organisation des nations unies pour le développement industriel
Op. cit.	:	opere citato (dans l'ouvrage cité)
PAR	:	Public Administration Review
PFI	:	Private Finance Initiative
PIDS	:	Philippine Institute for Development Studies
PNUD	:	Programme des Nations Unies pour le développement
PPP	:	Partenariat public-privé
PPPI	:	Partenariat public-privé institutionnalisé
PSC/CSP	:	Public sector comparator/ Comparateur du secteur public
PSP	:	Private Sector Participation
PUAM	:	Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	:	Presses universitaires de France
RCADI	:	Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye
RCJB	:	Revue critique de jurisprudence belge
RDAI	:	Revue de droit des affaires internationales
Rec. CE.fr	:	Recueil du Conseil d'Etat (français)
Rec.	:	Recueil
Rev. Arb.	:	Revue de l'arbitrage
Rev. banque	:	Revue banque
Rev. not. be	:	Revue du notariat belge
RFDA	:	Revue française de droit administratif
RIDC	:	Revue internationale de droit comparé
RIDE	:	Revue internationale de droit économique
RPS	:	Revue pratique sociétés
RRJ	:	Revue de la recherche juridique
RTDciv.	:	Revue trimestrielle de droit civil (français)
RTDcom.	:	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	:	Revue trimestrielle de droit européen
RW	:	Rechtkundig weekblad
SEC (95)	:	Système européen de comptabilité (1995)

SPV	:	Special Purpose Vehicle
Supra	:	ci-dessus
TFUE	:	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	:	Union européenne
ULB	:	Université Libre de Bruxelles
UNIDO:		United Nations Industrial Development Organisation
URL	:	Uniform Resource Locator
V°	:	Verbo (mot)
Vol.	:	Volume

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	iv
Liste des sigles et abréviations (en français et/ou en anglais)	v
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE CONTEXTE DU BOT : LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (PPP) – PHÉNOMÈNE DE MODE OU NÉCESSAIRE ALTERNATIVE ENTRE ÉTAT ET MARCHÉ DANS LE DOMAINE DES INFRASTRUCTURES ET DES SERVICES COLLECTIFS ?	48
Section I : Naissance et évolution des partenariats public-privé	50
Section II : Définition des partenariats public-privé et distinction d'avec les notions voisines	52
Sous-section 1 : Définition des partenariats public-privé	52
I- La distinction opérée par la Commission européenne	52
A- Les PPP contractuels et les PPP institutionnels	52
B- Intérêt et limites de la distinction	53
II- Essai de définition des partenariats public-privé	56
Sous-section 2 : Distinction des partenariats public-privé d'avec les notions voisines	59
I- Partenariats public-privé et privatisations/libéralisations	60
A- La délicate question du secteur public et les rapports passionnés entre nationalisations et privatisations	60
1- La question du secteur public domaine de l'entreprise publique	61
2- Tentative de définition de la notion de privatisation – Rapport à la nationalisation	63
a- Tentative de définition des privatisations	63
b- Perspective historique : le mouvement de balancier entre privatisations et nationalisations	65
c- Justifications des privatisations	66
Sur le plan macro-économique	67
Sur le plan micro-économique	68
B- Dimensions politiques et stratégiques des privatisations et rôle des libéralisations	68
1- Dimensions politiques et stratégiques des privatisations : simple mutation du rôle des pouvoirs et du droit publics ?	68
2- Distinction privatisations et libéralisations : importance des libéralisations pour les PPP	71
II- Partenariats public-privé, modèle concessif et autres formules de délégation, de gestion ou de sous-traitance des missions collectives – Renvoi	73
III- Partenariats public-privé et entreprise d'économie mixte	73
A- Tentative de définition de l'entreprise d'économie mixte	74
B- Formes et caractéristiques de l'entreprise d'économie mixte – Rapport et distinction d'avec les partenariats public-privé	74
1- Les formes possibles de l'entreprise d'économie mixte	75
2- Caractéristiques et obligations spécifiques de l'entreprise d'économie mixte : différence de philosophie par rapport aux PPP	75
Section III : Traits caractéristiques et essai de détermination de la nature juridique des partenariats public-privé	77
Sous-section 1 : Traits caractéristiques essentiels des partenariats public-privé	78
I- Le transfert optimal du risque au secteur privé comme caractéristique essentielle du partenariat public-privé – Renvoi	79

II- L'expertise et les ressources financières du partenaire privé au soutien de la réalisation de projets collectifs.....	81
Sous-section 2 : Tentative de détermination de la nature juridique du partenariat public-privé : contrat administratif ou contrat de droit commun ?.....	84
I- Le partenariat public-privé est en droit français un contrat administratif.....	85
II- Le partenariat public-privé est en principe un contrat de coopération économique de droit commun.....	87
Section IV : Apports et limites réels ou potentiels des partenariats public-privé	90
Sous-section 1 : Les partenariats public-privé comme facteur d'efficacité voire d'efficience : une analyse économique	90
I- La faisabilité financière et l'optimisation de la dépense publique (ODP) conditionnent le recours aux PPP.....	91
II- L'analyse coûts-avantages et le comparateur du secteur public (CSP) : deux méthodes d'évaluation de l'ODP et de la faisabilité financière d'un PPP	93
III- Volonté politique forte et environnement juridique approprié comme éléments catalyseurs	95
Sous-section 2 : Limites potentielles et supposées des partenariats public-privé	95
I- Les limites supposées des PPP	95
A- Limites tirées de l'assimilation des PPP aux privatisations	96
B- Limites tirées du taux de financement supposé avantageux pour les personnes publiques	97
II- Limites potentielles des PPP	99
A- Limites tenant à l'absence ou à l'insuffisance d'un cadre institutionnel et légal ou réglementaire approprié	99
B- Limites tenant à l'absence ou à l'insuffisance de transparence et d'accompagnement actif du partenaire public.....	106
CONCLUSION	107
PREMIERE PARTIE : LA DUALITE APPARENTE D'APPROCHE DU CONCEPT DE BOT.....	110
TITRE I : L'APPROCHE JURIDIQUE CLASSIQUE : LE BOT COMME MODALITÉ D'EXÉCUTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	112
CHAPITRE 1 : LE MODÈLE CONCESSIF COMME SOCLE DE RÉFÉRENCE	113
Section I : Origine et évolution de la notion de concession.....	115
Sous-section 1 : L'origine de la concession.....	115
Sous-section 2 : L'évolution de la notion de concession	116
Section II : La question de la définition et l'objet du contrat de concession.....	118
Sous-section 1 : La question de la définition du contrat de concession	118
I - La notion de concession en droit interne.....	119
II- Notions de concession en droit de l'Union européenne.....	121
A- La concession de service.....	121
B- La concession de travaux	122
Sous-section 2 : L'objet du contrat de concession	122
I- Les concessions de travaux publics.....	123
II- Les concessions de services publics.....	124
III- Les concessions de travaux et de services publics.....	125
Section III : Caractéristiques, nature et régime juridiques des contrats de concession	126
Sous-section 1 : Les caractéristiques du contrat de concession	126

I- Objet d'intérêt général de la concession et dévolution par contrat d'un tel objet.....	126
II- Mode de rémunération du concessionnaire et prise en charge des frais de premier établissement	127
III- Durée du contrat de concession	129
Sous-section 2 : Nature et régime juridiques du contrat de concession	129
I- Nature juridique de la concession	129
A- La théorie de la double nature de la concession	130
B- La théorie de la concession « acte mixte »	130
C- La nature conventionnelle de la concession	131
II- Régime juridique de la concession.....	133
A- Régime relatif aux parties au contrat de concession	134
1- Les droits, obligations et prérogatives du concessionnaire.....	134
2- Les droits, obligations et prérogatives de l'autorité concédante	135
B- Le régime des biens de la concession.....	136
1- Les biens de retour.....	137
2- Les biens de reprise	137
3- Les biens propres	137
Section IV : Les variantes au modèle concessif – Rapport et distinction modèle concessif et BOT	138
Sous-section 1 : Les variantes au modèle concessif.....	138
I - L'affermage.....	139
II- La régie intéressée	140
III- Le bail emphytéotique administratif associé à une convention non détachable	141
Sous-section 2 : Rapport et distinction entre modèle concessif et BOT	142
I- Les points communs entre modèle concessif et BOT	143
A- Le recours à une personne privée ou au secteur privé.....	143
B- Le transfert du risque à l'opérateur privé – Renvoi.....	144
II- Traits distinctifs entre modèle concessif et BOT	144
A- Une répartition des risques en règle optimale dans le cadre du BOT – Renvoi	144
B- Une exigence accrue de rentabilité dans le cadre du BOT – Renvoi.....	145
CHAPITRE 2 : LA PRÉÉMINENCE DES CONCEPTS ET PRATIQUES CLASSIQUES DE DROIT PUBLIC	146
Section I : Le service public	146
Sous-section 1 : Notion et régime classiques du service public.....	146
I- Naissance et évolution du concept de service public	146
II- Définition et régime juridique du service public.....	148
A- La question de la définition du service public.....	148
B- Le régime du service public	150
1- Les « lois du service public »	150
a- Le principe d'égalité.....	151
b- Le principe de continuité.....	151
c- Le principe de mutabilité.....	152
2- Les précisions et compléments aux principes classiques du service public.....	153

a- La question d'un principe de gratuité	153
b- Le principe de qualité	154
c- Le principe d'efficacité	156
Sous-section 2 : Le nécessaire dépassement de la conception classique du service public	157
I - L'obsolescence de la conception classique du service public	157
II- La nécessaire réadaptation du service public aux réalités sociales et économiques contemporaines ..	158
Section II : La propriété publique.....	159
Sous-section 1 : Notion et régime du domaine public	160
I - La notion de domaine public	161
II - Le régime du domaine public	163
A- Le régime d'indisponibilité du domaine public : les principes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et d'insaisissabilité	163
1- L'inaliénabilité des biens du domaine public	164
2- L'imprescriptibilité des biens du domaine public.....	165
3- L'insaisissabilité des biens du domaine public	165
B- La désaffectation des biens du domaine public comme tempérament à l'indisponibilité du domaine public.....	166
Sous-section 2 : La tendance à la remise en cause de la conception classique de la domanialité publique : rigidités et inadaptations du système actuel.....	169
I- Le décalage entre le champ d'application <i>rationae personae</i> de la domanialité publique et la finalité assignée à ce régime	169
II- La question de la constitution de sûretés sur le domaine public	171
Section III : Les règles et principes budgétaires et comptables de droit public	175
Sous-section 1 : Les règles et principes budgétaires et comptables susceptibles d'influencer et/ou de régir une opération de BOT	175
I- Les règles et principes budgétaires applicables au partenaire public	176
A- Les principes de l'annualité et de l'universalité du budget	176
B- Les principes de spécialité du budget et de la non-affectation des recettes	176
II - Les règles et principes comptables applicables au partenaire public	177
A- Les règles et principes comptables visant l'exécution du budget.....	177
B- Les règles et principes comptables visant le contrôle de l'exécution du budget	179
Sous-section 2 : Appréciation critique du régime budgétaire et comptable applicable au partenaire public dans une opération de BOT	179
I - L'inadaptation des règles et principes budgétaires et comptables classiques par rapport aux nécessités des opérations de BOT.....	179
II - La nécessité d'établir des règles adéquates et claires pour le traitement budgétaire et comptable des opérations de BOT	181
Section IV : La <i>Private finance initiative</i> (PFI) : nouveau paradigme en matière de gestion publique ?	184
Sous-section 1 : Naissance et économie de la PFI	185
I - Naissance et évolution de la PFI	185
II- L'économie de la PFI.....	187
A- La PFI est un programme gouvernemental aux objectifs précis et obéissant à une structuration originale	187

B- La PFI est un procédé contractuel s'intégrant dans un environnement juridique de <i>Common Law</i>	188
Sous-section 2 : L'approche innovante de la PFI en matière de gestion publique	190
I - La notion de <i>Value for Money</i>	190
A- Origine de la notion de <i>Value for Money</i>	190
1- Les règles de Ryrie	191
2- Les lois de 1980 et 1988 sur le gouvernement local	191
B- Contenu et mise en œuvre de la <i>Value for Money</i>	192
II- Le <i>Public Sector Comparator</i>	194
TITRE II : L'APPROCHE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE : LE BOT COMME MODALITÉ PARTICULIÈRE DU <i>PROJECT FINANCING</i>	196
CHAPITRE 1 : LE <i>PROJECT FINANCING</i> COMME SOCLE DE RÉFÉRENCE	198
Section I : Le <i>Project Financing</i> : cadre d'interaction entre droit et économie	199
Sous-section 1 : <i>Law and economics</i> comme cadre dialectique entre droit et économie	199
I- Bref historique de <i>law and economics</i>	200
II- Fondements, outils conceptuels et méthode de <i>law and economics</i>	201
A- Fondements de <i>law and economics</i>	202
1- Les acquis de la théorie microéconomique comme fondements de <i>law and economics</i>	202
a- Les trois principes fondamentaux de l'analyse économique	203
b- Les correctifs et concepts complémentaires à l'analyse économique	204
Le concept de marché	205
La notion d'optimalité	205
La théorie des coûts de transactions	207
La théorie de l'asymétrie d'information	208
La théorie des jeux	210
2- Les débats autour des fondements de l'analyse économique du droit	211
B- La méthode de <i>law and economics</i>	213
1- Les niveaux d'analyse	214
2- Les étapes de l'analyse	215
Sous-section 2 : L'analyse économique du droit des contrats	217
I- Objectif fondamental et fonctions économiques du contrat sous l'angle de <i>law and economics</i>	218
A- L'objectif fondamental du contrat : l'optimalité dans le transfert des ressources	219
B- Fonctions économiques du droit des contrats	220
II- La formation et l'exécution du contrat sous le prisme de <i>law and economics</i>	221
A- La formation du contrat	221
B- L'exécution du contrat	223
1- La question de l'inexécution du contrat	223
2- Les obligations de garantie	225
Section II : L'économie générale du <i>project financing</i>	226
Sous-section 1 : Le concept de <i>project financing</i>	226
I- Historique et définition du <i>project financing</i>	227

A- Naissance du <i>project financing</i>	227
B- Définition du <i>project financing</i>	228
II- Caractéristiques essentielles du <i>project financing</i>	229
A- La consubstantielle analyse et répartition des risques – Renvoi	229
B- La nécessaire rentabilité propre du projet – Renvoi	229
Sous-section 2 : La structuration et la mise en œuvre du <i>project financing</i> : cadre idéal d’interactions stratégiques.....	230
I- Le <i>project financing</i> est un montage	230
A- L’association de compétences.....	230
B- La réalisation et l’exploitation d’un projet.....	231
II- Le <i>project financing</i> : cadre idéal d’interactions stratégiques.....	232
A- Les jeux de coopération	233
B- Le <i>project financing</i> : jeu de longue haleine par essence stratégique.....	235
Section III : Le <i>project financing</i> comme outil d’aide à la décision d’investissement.....	237
Sous-section 1 : Les études et évaluations préalables de faisabilité.....	237
I- L’analyse économique, financière et technique approfondie du projet.....	237
A- L’analyse économique et financière du projet	238
1- Le modèle économique du projet.....	238
2- Le modèle financier du projet.....	240
B- L’analyse technique (et technologique) du projet	241
II- L’analyse juridique, environnementale et sociale circonstanciée du projet.....	241
A- L’analyse juridique	241
B- Les études environnementales et sociales	243
Sous-section 2 : Le <i>project financing</i> : occasion de comparaison (« benchmarking »).....	244
I- Le <i>project financing</i> comme occasion de comparaison des sources et méthodes de financement	244
A- Les sources et procédés de financement classiques	245
B- Les sources et procédés innovants de financement	246
II- Avantages et inconvénients du <i>project financing</i>	247
A- Atouts du <i>project financing</i>	247
B- Limites et inconvénients du <i>project financing</i>	248
Section IV : Le <i>project financing</i> : une combinaison incitation-surveillance.....	249
Sous-section 1 : La gouvernance du projet est au cœur des préoccupations des parties	249
I- Le <i>project financing</i> : solution au problème d’agence (« agency »)	249
A- La notion d’agence.....	249
B- Le <i>project financing</i> comme solution au problème d’agence.....	252
II- Le <i>project financing</i> implique un monitoring régulier et permanent du projet	254
A- Le monitoring des prêteurs : rôle du consultant ou de l’ingénieur indépendant	254
B- Le monitoring des institutions multilatérales et bilatérales	256
Sous-section 2 : Le <i>project financing</i> : instrument de réduction des imperfections du marché et technique de gestion efficace de risques.....	257
A- Notion et principales imperfections du marché.....	258

1- La concurrence imparfaite et l'information imparfaite.....	258
a- Concurrence imparfaite et structures de marché.....	258
b- Information imparfaite	259
2- Les externalités et les biens publics.....	259
a- Les externalités	260
b- Les biens publics	260
B- Le <i>project financing</i> tend à réduire les imperfections du marché.....	261
1- Le <i>project financing</i> réduit les coûts liés à l'information et aux conflits d'incitations.....	261
a- La réduction des coûts liés à l'information.....	261
b- La réduction des coûts liés aux conflits d'incitations	262
2- La tendance à l'internalisation, à la promotion de la concurrence ainsi que la prise en compte de la nature particulière des biens publics	263
a- La tendance à l'internalisation : l'intégration des coûts sociaux et environnementaux au coût final du projet.....	263
b- Une certaine promotion de la concurrence – Renvoi.....	264
c- La prise en compte de la nature particulière des biens publics	264
II- Le <i>project financing</i> comme technique de gestion efficace des risques – Renvoi	264
CHAPITRE 2 : LA PRÉÉMINENCE DE LA RÉPARTITION DES RISQUES ET DE LA RENTABILITÉ DU PROJET.....	266
Section I : La notion de risque – Le risque dans le cadre du BOT	266
Sous-section 1 : La notion de risque	266
I- La notion de risque : notion à géométrie variable	267
A- Bref historique de la notion de risque	267
B- Les contours de la notion de risque	268
II- La dimension technique du risque	269
A- Le risque comme ressource du processus de décision	270
B- L'approche stratégique du risque : le risque comme technique de gouvernance	271
Sous-section 2 : Le risque dans le cadre du BOT	272
I- Les risques généraux ou risques-pays	272
A- Les risques politiques et économiques	272
B- Les risques juridiques et environnementaux	273
II- Les risques-projet.....	274
A- Les risques de développement et de conception-construction et démarrage.....	274
B- Les risques d'exploitation	275
Les risques techniques et technologiques	276
Les risques résultant d'infrastructures ou d'équipements associés	276
Les risques d'interface	277
Les risques de management	278
Les risques de demande	278
Les risques de fourniture.....	279
Les risques de force majeure.....	279
Section II : L'identification, l'analyse et la répartition des risques dans le BOT	279

Sous-section 1 : L'identification et l'analyse des risques du projet	280
I- L'identification des risques.....	280
A- L'identification des risques est tributaire de la nature et de l'environnement du projet en cause.....	280
B- L'identification des risques doit être systématique.....	280
II- L'analyse des risques.....	283
A- L'analyse technique : la combinaison des aspects quantitatif et qualitatif.....	283
1- L'aspect quantitatif de l'analyse technique du risque.....	283
2- L'aspect qualitatif de l'analyse technique du risque.....	284
B- Les limites de l'analyse technique du risque.....	284
1- Les limites tenant à la nécessité de réaliser une analyse coûts-bénéfices.....	285
2- Les limites tenant aux biais cognitifs et à l'aversion du risque/de la perte.....	286
Sous-section 2 : La répartition des risques dans le cadre du BOT	287
I- La répartition optimale des risques : principe théorique cardinal.....	287
A- La répartition des risques suivant la théorie fondamentale de l'échange.....	287
B- La répartition des risques suivant la théorie générale de l'équilibre compétitif.....	288
II- Les limites pratiques du principe de la répartition optimale du risque.....	289
A- L'influence significative du pouvoir de marchandage ou de négociation commerciale dans la répartition du risque.....	290
B- La nécessité de réaliser un équilibre dans la répartition du risque du BOT.....	290
Section III : La gestion et la rémunération du risque du BOT	292
Sous-section 1 : La gestion du risque du BOT	293
I- Une gestion principalement contractuelle du risque.....	293
A- Le contrat comme matrice d'obligations et source de coopération.....	294
B- Le contrat : outil de planification et de procéduralisation.....	295
II- Personnalité juridique, propriété et gestion des risques – Modalités de gestion des risques du BOT.....	295
A- L'utilisation de la personnalité juridique et de la propriété aux fins de gestion des risques du BOT.....	296
1- Société du projet et gestion des risques.....	296
2- Propriété du capital ou « equity » comme mesure de la prise de risque.....	297
B- Les modalités de gestion des risques du BOT.....	297
1- Assumer ou réduire le risque.....	298
a- Assumer ou « courir » le risque.....	298
b- Réduire le risque.....	299
2- Le transfert du risque.....	300
a- Le transfert contractuel à certains intervenants du projet – Renvoi.....	300
b- Le transfert aux assureurs et les stratégies de couverture offertes par les marchés de capitaux – Renvoi.....	301
Sous-section 2 : La rémunération du risque dans le BOT	303
I- Le paiement d'une prime de risque.....	303
II- La réduction du coût total du projet.....	304
Section IV : La rentabilité du projet BOT	305

Sous-section 1 : La rentabilité du projet BOT : condition nécessaire à son financement	305
I- La bancabilité du projet.....	305
A- La viabilité globale du projet – Renvoi.....	306
B- La solidité de la structuration du projet : traitement optimal des risques – Renvoi.....	307
II- La production de cash flow suffisant	307
A- Les contours de la notion de cash flow	307
B- Le cash flow dans l’opération de BOT.....	308
Sous-section 2 : La rentabilité n’est pas une condition suffisante de la mise en œuvre d’un projet BOT ...	309
I- L’intervention recherchée du partenaire public.....	309
A- Le soutien à travers les subventions et garanties publiques – Renvoi.....	310
B- La prise de participations au capital de la société du projet	311
II- Une intervention du partenaire public conditionnée à l’optimisation de la dépense publique (ODP) ainsi qu’au respect de la concurrence – Renvoi	311
CONCLUSION PREMIERE PARTIE	312
DEUXIEME PARTIE : L’UNITE REELLE DU CONCEPT DE BOT : UN INSTRUMENT DE COOPERATION ECONOMIQUE.....	313
TITRE I : UNE COOPÉRATION ÉCONOMIQUE FONDÉE SUR UN ÉQUILIBRE DYNAMIQUE D’ENSEMBLE SUR LA DURÉE ET RÉSUULTANTE DE L’INTERDÉPENDANCE STRUCTURELLE ET CONTRACTUELLE DE L’OPÉRATION DE BOT	316
CHAPITRE I : LES CONTRATS ET CONVENTIONS FIXANT LES CONTOURS ET LES BASES DE LA COOPÉRATION ENTRE PARTIES À L’OPÉRATION DE BOT.....	319
Section I : Le contrat de BOT ou « project agreement » : siège de la coopération aux traits du modèle concessif	319
Sous-section 1 : La durée du contrat de concession constitue le pivot de l’opération de BOT.....	320
I- La durée de la concession détermine la viabilité financière du projet.....	320
A- La coopération dès la phase préliminaire de développement aux fins de déterminer une durée adéquate de la concession	322
B- L’étroite coopération aux fins d’établissement de schémas ou structures incitatifs propres à assurer l’effectivité de la durée de la concession.....	323
II- La durée de la concession conditionne l’efficacité de l’opération	324
A- La durée de la concession affecte le degré d’exposition des parties aux risques	325
B- L’influence de la durée de la concession sur la gestion des risques du projet.....	325
Sous-section 2 : Les fonctions de coordination et d’intégration du contrat de concession : fondations de la coopération	326
I- Caractère essentiellement coopératif du contrat de concession.....	327
A- Marginalité des actes unilatéraux dans la genèse de la concession relative au BOT	328
B- Principes et mécanismes essentiellement coopératifs du modèle concessif propre au BOT	329
II- Les fonctions de coordination et d’intégration du contrat de concession	331
A- Le contrat de concession comme instrument de coordination et d’intégration des intérêts des parties	331
B- Le contrat de concession : instrument de réalisation de l’équilibre/proportion entre intérêts et responsabilités des parties	332
1- Le contrat de concession : épiceentre du jeu stratégique entre principaux participants au projet BOT	332
2- Le contrat de concession modalise les responsabilités des parties.....	333

Section II : Les contrats et conventions de financement et d'assurance et/ou de couverture : catalysation de la coopération sous l'effet des 'nerfs de la guerre'	334
Sous-section 1 : L'imbrication des sources, formes, techniques et structures de financement	335
I- L'imbrication des sources et formes de financement	335
A- Sources potentielles et formes de financement	335
1- Variété des sources potentielles de financement des opérations BOT	335
2- Formes usuelles de financement du BOT	336
Les fonds propres (« Equity »)	336
Les dettes (« Debt »)	337
Le financement mezzanine (« Mezzanine »)	337
B- La combinaison des sources et formes de financement aux fins d'optimalité	338
1- L'art et la science de la combinaison entre formes de financement : le ratio dettes/fonds propres (« debt-to-equity ratio »)	338
2- La combinaison des sources et formes de financement	340
Les banques commerciales pourvoyeuses de financements par dette et mezzanine	341
Les agences de crédit à l'exportation contributrices au financement par dette	341
Les institutions économiques et financières bilatérales et multilatérales pourvoyeuses de financement par dette, fonds propres et mezzanine	341
Les investisseurs institutionnels (et les marchés de capitaux) contributeurs de financements par dette, fonds propres et mezzanine	342
II- Une structuration du financement assise sur une coopération renforcée entre acteurs du financement	342
A- La syndication	343
B- La convention entre créanciers ou « Intercreditor agreement »	344
Sous-section 2 : L'imbrication des techniques et acteurs de l'assurance et/ou de couverture	345
I- Le « pool » assurantiel	345
A- L'intervention « classique » des assureurs	345
B- L'intervention spécifique et complémentaire d'institutions bilatérales et multilatérales	346
1- L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)	347
2- Les agences de crédit à l'exportation	348
II- L'appui des stratégies contractuelles de couverture et des instruments de couverture offerts par les marchés de capitaux	350
A- Les stratégies contractuelles de couverture – Renvoi	350
B- L'usage des instruments de couverture offerts par les marchés de capitaux	350
1- Les instruments de couverture à terme ferme	351
a- Swaps de taux d'intérêts ou de devises	351
b- <i>Forward foreign exchange agreements</i>	352
c- Les futures (contrats à terme standardisés)	352
2- Les instruments de couverture à terme optionnel	353
a- Options	353
b- <i>Caps, floors et collars</i>	353
Section III : Les garanties apportées au soutien du contrat de BOT : ciment de la coopération	354

Sous-section 1 : Les garanties émanant du partenaire public.....	354
I- Les garanties de nature politique, juridique et sociale : susciter l'adhésion au projet.....	356
II- Les garanties de nature économique, financière et technique	358
A- Les garanties de nature économique ou relatives à l'environnement économique	358
1- Les garanties monétaires : libre convertibilité et transfert de devises et revenus	358
2- Les garanties d'approvisionnement ou d'achat/vente à long terme – Renvoi.....	359
B- Les garanties de nature financière et technique.....	359
1- Les prêts « stand-by », les garanties partielles du prêt, les garanties de taux d'intérêt et/ou de change et autres garanties techniques	360
2- Les subventions et garanties informelles	361
Sous-section 2 : Les garanties émanant des partenaires privés	362
I- La garantie d'achèvement du projet (« complexion guarantee »)	362
II- La garantie de disponibilité (performance/qualité) : assurer la continuité – Renvoi.....	364
Section IV : Les sûretés accompagnant le contrat de BOT: moyen de consolidation de la coopération	365
Sous-section 1 : Les sûretés défensives	365
I- La défense à titre principal des biens du BOT	366
II- La défense de certains actifs du BOT	366
A- Cession de certains contrats de l'opération BOT	366
B- Gage sur les titres et limitation des pouvoirs de la société du projet.....	368
Sous-section 2 : Les sûretés pratiques ou opérationnelles	369
I- Sécurisation de cash flow et revenus du projet	369
A- Les cessions de cash flow et autres revenus du projet	369
B- L'établissement d' « escrow accounts » ou de « offshore collateral accounts »	370
II- Continuité du projet en cas de difficultés ou de défaillance : une illustration de l'esprit coopératif ..	371
A- Les « conventions directes » ou « direct agreements »	371
B- Les clauses de substitution (ou de « step-in ») éventuellement insérées dans le contrat de BOT : la coopération à raison d'une coïncidence d'intérêts	373
CHAPITRE 2 : LES STRUCTURES, CONTRATS ET CONVENTIONS MATÉRIALISANT LE BOT.....	375
Section I : L'entité dédiée au portage du projet sous l'impulsion des promoteurs	375
Sous-section 1 : La société du projet : « hub » de l'opération BOT	375
I- La société du projet : structure d'incitation et de gouvernance de la coopération entre partenaires au projet BOT	376
A- Une fonction principale de coordination et d'intégration des ressources et compétences spécifiques et complémentaires.....	376
B- Une fonction d'incitation et de surveillance des partenaires	378
1- La fonction d'incitation : liens capitalistiques créant un droit de créance résiduelle (« residual claimancy ») et rémunération adéquate du risque pris	378
2- La fonction de surveillance : l'action des organes de direction de la société du projet	380
II- Forme de la société et structuration du projet tributaires de l'environnement juridique et économique local	381
A- Une société du projet en règle locale	381
1- Le caractère local de la société du projet : une exigence usuellement légale	381

2- L'impact de considérations stratégiques et fiscales sur le choix de la forme de la société et la structuration du projet	383
B- Délocalisation exceptionnelle de la société du projet : influence de considérations stratégiques de nature sécuritaire ou/et fiscale	385
Sous-section 2 : La convention d'actionnaires : coopérer en raison d'une communauté d'intérêts	385
I- Traitement de la charge et de la rémunération des investissements projetés	387
II- Modalités de gestion de la société du projet et organisation des rapports entre actionnaires	388
A- Traitement des conflits d'intérêts réels ou potentiels et non-concurrence	388
B- Organisation des modalités de cession des titres et de résolution des différends	389
Section II : Le contrat de construction	390
Sous-section 1 : Le contrat de construction impose une organisation projet globale et coopérative	391
I- L'approche unitaire conception-construction	391
II- Instauration de mécanismes de coordination et d'incitation : quête d'une coopération effective	393
A- La coordination de la construction : ensemblier (« project manager ») vs. ingénieur/expert indépendant (« independent engineer »)	394
1- Caractères généraux de la mission du « project manager »	394
2- Responsabilité du « project manager »	395
3- La « supervision » de l'ingénieur/expert indépendant	396
B- Mécanismes d'incitation	398
1- Mécanismes d'incitation destinés au constructeur : garanties, pénalités de retard, bonus d'achèvement anticipé et rétention de paiements	399
2- Mécanismes d'incitation destinés aux promoteurs du projet : garanties et injections d'argent frais	400
Sous-section 2 : Le contrat de construction comme lieu de cristallisation et de transfert de risques et responsabilités	401
I- Un principe de transfert trait pour trait (« back-to-back ») de risques (et garanties)	401
A- Le transfert résulte d'une sous-traitance de spécialité	401
B- Un transfert fondé sur le principe de transparence : quête d'une intégration contractuelle	402
II- Une tentative de maîtrise des risques et de clarification des responsabilités par l'usage adapté du contrat clé en mains	404
A- Présentation et caractéristiques du contrat clé en mains	405
1- Brève présentation du contrat clé en mains	405
2- Caractéristiques principales du contrat clé en mains	406
B- L'objectif d'un responsable unique de la construction de l'ouvrage	409
Section III : Le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert	411
Sous-section 1 : Le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert : instrument de liaison des intérêts locaux/nationaux et de l'objectif de rentabilité	412
I- La conciliation de l'objectif de rentabilité avec les impératifs et besoins locaux/nationaux	412
A- Assurer la disponibilité (en quantité et en qualité)	412
B- Assurer la continuité au travers d'une maintenance régulière et permanente	414
II- La coopération avec le partenaire public au cours des opérations d'exploitation et de maintenance : préalable au transfert à terme	414

Sous-section 2 : Le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert : outil de gestion de risques et interfaces	416
I- La gestion de risques d'exploitation.....	416
A- La création d'une société d'exploitation et de maintenance : gérer risques et conflits d'intérêts ..	417
B- La mise en œuvre de stratégies contractuelles.....	418
II- La gestion des interfaces aux différentes phases du projet	419
A- La gestion des interfaces pendant et jusqu'à l'achèvement de la construction	419
B- La gestion des interfaces jusqu'au transfert de l'ouvrage	420
1- La gestion des interfaces pendant la phase d'exploitation	421
2- La gestion des interfaces pendant la phase de transfert	422
Section IV : Les contrats d'approvisionnement, de vente/prestation relatifs aux intrants (« input ») et produits/services (« output ») du projet.....	423
Sous-section 1 : Des contrats visant à générer et sécuriser les revenus du projet BOT	423
I- Quête d'une sécurisation des approvisionnements et de la demande	423
A- Le contrat d'approvisionnement – la modalité « supply or pay »	424
B- Le contrat de vente/prestation – la modalité « take or pay »	425
II- L'objectif de transfert de risques de marché et de certains risques d'exploitation.....	428
A- L'objectif de transfert de risques de marché (prix et demande).....	428
B- L'objectif de transfert de certains risques d'exploitation	429
Sous-section 2 : Des contrats matérialisant la coopération entre partenaires par la réalisation concrète et le suivi de la finalité du projet	429
I- Les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation intègrent et modalisent l'ensemble des contrats de l'opération BOT	429
A- L'étroite interdépendance entre le contrat de vente/prestation et tous les autres contrats de l'opération BOT	430
B- L'étroite coopération entre fournisseur, constructeur et opérateur aux fins d'exploitation optimale de l'ouvrage.....	431
II- Des contrats assis sur des procédures incitatives et de mesure de l'optimalité du projet.....	432
A- Analyses (« testing ») et mesure de l'efficacité des approvisionnements (« input efficiency ») : assurer et coordonner quantité et qualité	432
B- Les droits de capacité et d'usage – la modalité « pass-through »	434
TITRE II : UNE COOPÉRATION ÉCONOMIQUE COMME RÉSULTANTE DE LA FINALITÉ ET DE LA NATURE DU CONTRAT DE BOT ET GARANTE NÉCESSAIRE DE LA COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS ENTRE PARTENAIRES	436
CHAPITRE I : LA FINALITÉ GLOBALE DU BOT IMPOSE UNE COOPÉRATION ÉTROITE AUX FINS DE RÉALISATION OPTIMALE ET PÉRENNE D'OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL	437
Section I : Le BOT poursuit une finalité globale d'intérêt général.....	437
Sous-section 1 : La notion d'intérêt général	437
I- Une notion évolutive et à contenu et géométrie variables.....	437
A- L'intérêt général : notion fonctionnelle et conceptuelle aux dimensions statique et dynamique ..	438
1- L'intérêt général comme principe de légitimation	440
2- L'intérêt général comme notion procédurale.....	441
B- Notion au caractère ambivalent : quête de consensus à travers la permanence des conflits.....	442

1- L'approche volontariste ou républicaine de l'intérêt général : un intérêt public transcendant les intérêts particuliers.....	442
2- L'approche utilitariste ou libérale de l'intérêt général : l'intérêt commun immanent aux intérêts particuliers	443
3- La dialectique inhérente à l'idéologie de l'intérêt général : le dépassement des conflits	444
II- Une notion controversée et contestée : la remise en cause à travers la théorie des choix collectifs (« public choice theory »).....	445
A- Brève présentation de la théorie des choix collectifs (« public choice theory »)	445
B- La relativisation de la notion d'intérêt général par la théorie des choix collectifs	446
Sous-section 2 : BOT et intérêt général : une combinaison d'intérêts publics et d'intérêts privés	448
I- Le BOT vise une utilité socio-économique pour la collectivité	449
A- L'utilité socio-économique <i>a priori</i> du projet BOT : le rôle essentiel des études préalables de faisabilité.....	450
B- Le maintien de l'utilité socio-économique du projet pendant et après le terme de la concession : le rôle multidimensionnel du partenaire public.....	451
II- Le BOT tend à assurer viabilité et rentabilité du projet dans un équilibre dynamique d'ensemble....	452
A- La viabilité : objectif commun à tous les partenaires visant à assurer continuité et pérennité du projet	453
B- La rentabilité : paramètre fondamental pour les partenaires privés mais essentiel au renforcement de l'utilité du projet.....	453
Section II : La participation privée à la réalisation du BOT comme source de légitimité du profit des partenaires privés.....	455
Sous-section 1 : La rémunération d'une entreprise/prise de risques	457
I- La rémunération : contrepartie d'un risque effectivement pris et assumé.....	457
II- Le niveau de rémunération doit être proportionnel au risque pris et assumé	459
Sous-section 2 : La rémunération d'une création de valeur	461
Section III : L'optimalité comme moteur d'une coopération assise sur une combinaison d'intérêts publics et privés.....	462
Sous-section 1 : L'optimisation financière	463
I- L'optimisation de la dépense publique (ODP) – Renvoi.....	463
II- L'optimisation du financement privé.....	463
Sous-section 2 : La quête d'optimalité dans la construction, l'exploitation et transfert de l'ouvrage	464
I- Le système d'indicateurs de performance et d'exploitation durable	464
II- Les mécanismes d'ajustement : quête de la préservation de l'optimalité	466
Section IV : Le BOT comme outil de « contrôlabilité » (« accountability ») aux fins de coopération effective et pérenne.....	467
Sous-section 1 : Les facteurs de « contrôlabilité » extrinsèques au BOT	468
I- L'exigence d'un cadre institutionnel et réglementaire clair, équilibré et performant.....	468
A- Le cadre institutionnel et réglementaire : nécessité à l'utilité incommensurable pour le succès du BOT.....	469
B- Un cadre institutionnel et réglementaire équilibré : réaliser une juste acculturation et préserver transparence et flexibilité	472
II- La mise en œuvre de procédures tendant à légitimer l'opération : assurer compétition, transparence et lutte contre la corruption.....	475

A- Une procédure de sélection du concessionnaire adaptée mais compétitive et transparente	475
B- Admission restrictive et rigoureusement encadrée des offres spontanées ou projets d'initiative privée.....	479
Sous-section 2 : La « contrôlabilité » intrinsèque à l'opération BOT	481
I- Les études préalables de faisabilité : obligation de justifier positivement le recours au BOT	481
II- La combinaison incitation-surveillance : possibilité d'identifier précisément les niveaux de responsabilités et d'encourager ou sanctionner.....	482
A- Les limites du système incitation-surveillance : coûts et rigidités éventuels	482
B- Un système utile et nécessaire à l'effectivité du BOT : quelques illustrations empiriques	483
CHAPITRE 2 : LA NATURE DE CONTRAT INCOMPLET DE L'ACTE FONDATEUR DU BOT INDUIT UNE COOPÉRATION ACTIVE ENTRE PARTENAIRES	485
Section I : Le contrat de BOT est un contrat fondamentalement incomplet.....	487
Sous-section 1 : La notion d'incomplétude contractuelle	488
I- Les acceptions économiques et juridiques de la notion d'incomplétude contractuelle	489
A- La notion d'incomplétude contractuelle au sens économique.....	489
B- L'incomplétude contractuelle au sens de <i>law and economics</i>	490
II- Apports et limites de la théorie de l'incomplétude contractuelle à la technique et au droit contractuels et implications pratiques pour le BOT	491
A- Les zones d'ombre de la notion d'incomplétude contractuelle	491
B- Les apports de la notion d'incomplétude contractuelle à la technique et au droit contractuels et implications pratiques pour le BOT	493
Sous-section 2 : L'inéluctable incomplétude du contrat de BOT	496
I- Une incomplétude tenant à la finalité du BOT : la prégnance du fait politique	496
II- Une incomplétude tenant à l'impossibilité d'appréhender toutes les contingences inhérentes à chaque paramètre du BOT	500
Section II : La question des ajustements en cours d'opération.....	500
Sous-section 1 : Le rejet principal de la renégociation	503
I- La possibilité de renégociation comme source de comportements opportunistes/stratégiques – Renvoi	503
II- La règle générale : conception de contrats réduisant les possibilités de renégociation et sanction de l'inexécution des obligations contractuelles	504
Sous-section 2 : L'admission de la renégociation dans les seuls cas indispensables	508
I- Le défi des renégociations : assurer efficacité et efficacité <i>ex post</i> du projet BOT	508
II- La renégociation n'implique pas nécessairement l'affaiblissement du lien contractuel ou l'échec des parties ou du projet BOT	509
A- Anticiper et prévoir des procédures et mécanismes de renégociation.....	510
B- La renégociation comme opportunité de revivifier le lien contractuel et d'assurer le succès du projet BOT	512
Section III : Les comportements opportunistes/stratégiques liés à la possibilité d'ajustements <i>ex post</i>	515
Sous-section 1 : Identification et manifestations des comportements opportunistes dans le cadre du BOT	516
I- Les comportements opportunistes émanant du partenaire public.....	516
II- Les comportements opportunistes émanant des partenaires privés.....	517
Sous-section 2 : Prévention et traitement des comportements opportunistes	518

I- Les stratégies et solutions de nature institutionnelle et réglementaire.....	518
II- Les stratégies et solutions contractuelles	521
A- Les stratégies et solutions contractuelles applicables aux comportements opportunistes <i>ex ante</i> .	521
B- Les stratégies et solutions contractuelles applicables aux comportements opportunistes <i>ex post</i> .	522
Section IV : La coopération active comme fondement crédible du succès de l'opération BOT	523
Sous-section 1 : L'efficacité de la coopération est assurée par la réalisation de gains mutuels pour les partenaires	525
I- Un modèle théorique : conditions et gains mutuels liés à la coopération.....	525
A- Modélisation des gains mutuels découlant de la coopération entre partenaires	526
B- Les conditions d'émergence de la coopération dans un jeu de « longue haleine » à l'instar du BOT	527
II- Prise en compte des réalités et nuances de l'opération BOT : l'art de mêler utilité et rentabilité.....	529
Sous-section 2 : L'effectivité de la coopération est assurée par une panoplie de sanctions.....	532
I- Un système de sanctions principalement de nature socio-économique et politique.....	532
A- L'auto-régulation de la coopération et le recours à la régulation privée	533
1- L'auto-régulation de la coopération.....	533
2- Le recours à la régulation privée : rôle fondamental du mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires	538
a- Arbitrage et autres modes alternatifs de résolution de différends.....	539
Les modes alternatifs de règlement de différends (« ADR »).....	539
L'arbitrage	539
b- Le mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires : socle d'une coopération dynamique et proactive.....	540
B- Limites du système de sanctions de nature socio-économique et politique.....	542
II- La nécessaire complémentarité des sanctions légales	543
A- L'importance d'une certaine prévisibilité	544
B- La possibilité d'exécuter <i>ex post</i> les « menaces » portées au contrat : un souci de crédibilité et d'effectivité de la coopération.....	546
1- Le recours aux sanctions légales comme source de crédibilité et d'effectivité.....	546
2- Le recours au système légal/judiciaire n'est nullement la panacée.....	547
CONCLUSION DEUXIEME PARTIE.....	549
CONCLUSION GENERALE	551
BIBLIOGRAPHIE.....	555
INDEX ALPHABETIQUE.....	591

INTRODUCTION

1. **Un contexte général de l'étude aux allures de boîte de Pandore : les rapports entre Etat et marché**¹. « (...) *Le système de la concession ou du BOT a été considéré mondialement comme permettant (...) en fait « d'alléger » l'interventionnisme du secteur public. Pour beaucoup d'Etats dans le monde, un tel concept permet de concilier les exigences de « souveraineté » et celles du « marché »* »². Le concept de Build, Operate and Transfer (ci-après BOT) permettrait ainsi de concilier Etat et marché. De fait, la conciliation de ces deux sphères semble être une préoccupation historique. En effet, l'Etat – c'est-à-dire le pouvoir et le vouloir – et le marché – c'est-à-dire la rencontre – ne dateraient ni d'hier, ni d'aujourd'hui, mais de toujours de sorte que « personne ne sait quand ils sont apparus »³. L'histoire semble en réalité être marquée par un mouvement de balancier idéologique et circonstanciel dans la répartition des rôles respectifs de l'Etat et du marché⁴. Un tel mouvement se révèle dans toute sa splendeur depuis l'année 2008, en raison de la crise financière et économique⁵ qui sévit encore actuellement.
2. D'aucuns avaient pu affirmer, de manière quelque peu péremptoire, qu'il n'y a plus aujourd'hui de stratégie de développement durable qui se conçoive sans un recours aux mécanismes d'économie de marché⁶. On a néanmoins répondu que de nos jours, même le plus convaincu des libéraux admet que l'économie de marché ne peut se passer de l'intervention publique⁷. La crise financière et économique précitée illustre à suffisance cette interaction, révélant toutefois au passage le paradoxe résultant à la fois de l'importance et des limites de l'interventionnisme étatique et, singulièrement, la fragilité de la théorie de la non-insolvabilité des Etats⁸.

¹ Bien des maux et des désordres se sont échappés de la boîte de Pandore mais elle recèle encore de l'espoir – dans notre contexte l'espoir d'un ordre –, espoir qu'Epiméthée a maintenu enfermé en se précipitant sur le couvercle comme nous le rappelle l'anthropologue et philosophe des sciences Latour : B. Latour, *L'espoir de Pandore : pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris, La Découverte, 2001, p. 5.

² C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, Paris, Berger-Levrault, 1997, p. 233 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte). Pour cet auteur en effet, tout en restant sous le regard attentif de l'Etat ou des collectivités territoriales, le cas échéant, les concessions-BOT permettent d'appliquer les lois du marché à l'exploitation des services publics. Le procédé permettrait alors, selon l'auteur (p. 249), de combler les défaillances d'une économie trop libérale.

³ P. Malaurie, « Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle ? » in N. Thirion (Coord.), *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2007*, p. 126 ainsi que la référence à Sophocle citée par l'auteur ; *adde* pour une vue historique de l'idée de marché : L. Depambour-Tarride, « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », in *Droit et esthétique*, APD, tome 40, Paris Sirey, 1996, p. 264-285.

⁴ Sur les rapports entre Etat et marché Cf. notamment : P. Coppens, « Etat, marché et institutions », in RIDE, 2007/3, p. 293-317 ; *adde* : D. Truchet, « Etat et marché », in *Droit et esthétique*, APD, tome 40, op. cit., p. 314-325 ; M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD, tome 40, op. cit., p. 286-313.

⁵ Sur la crise actuelle et ses contours Cf. notamment R. Posner, *A failure of capitalism – The crisis of '08 and the descent into depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 ; H. Bourguinat et E. Briys, *L'arrogance de la finance : comment la théorie financière a produit le Krach*, Paris, La découverte, 2009 ; P. Arthus, J.-P. Betbèze, C. de Boissieu et G. Capelle-Blancard (dir.), *La crise des subprimes*, Paris, La Documentation française, 2008 ; *adde* pour des causes plus structurelles : D. Moyo, *How the West was lost. Fifty years of economic folly – and the stark choices ahead*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

⁶ P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement » in RDAI, 1999, n° 2, p. 131.

⁷ J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 7 où l'auteur rappelle la fameuse expression de Milton Friedman selon laquelle « Nous sommes tous aujourd'hui keynésiens ».

⁸ On avait ainsi pu affirmer que « dans les pays industrialisés, le risque « souverain », celui d'un défaut de paiement de la dette publique, est faible » : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des*

3. De toujours et encore plus aujourd'hui, le défi semble alors de tenter de concilier intervention de l'Etat et logique de marché⁹. La présente étude s'inscrit dans cette démarche mais prend clairement parti pour l'économie de marché¹⁰. En effet, celle-ci est tout d'abord et surtout porteuse de liberté¹¹. Ensuite, malgré la lancinante question des inégalités¹² qu'elle soulève ou encore ses soubresauts et emportements délétères, elle demeure le modèle ayant contribué de manière décisive à la croissance économique générale ainsi qu'à l'amélioration notable des conditions de vie humaine¹³. Toutefois, si l'économie de marché semble essentielle de sorte que l'on a pu affirmer que s'y opposer par principe serait aussi curieux que de s'opposer par principe à tout dialogue entre personnes¹⁴, elle se distingue néanmoins radicalement de la société de marché¹⁵.

choix publics, Paris, PUF, 1999, p. 64. Toutefois, l'insolvabilité des Etats, rappelle-t-on, est loin d'être une donnée nouvelle dans la mesure où l'endettement public et les accords de consolidation qui en découlent sont apparus dès le XIII^e-XIV^e siècle : Cf. J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec LexisNexis, 2005, p. 662 ainsi que les références citées.

⁹ Suivant la logique de marché, le libre jeu de l'offre et de la demande entre agents indépendants et autonomes produit à la fois l'équilibre et l'optimum économiques. Selon la logique de l'Etat par contre, les agents représentant la collectivité définissent des règles sociales et imposent des prélèvements obligatoires et de redistribution, en fonction de critères différents de ceux qui prévalent sur un marché concurrentiel. Les frontières entre ces deux logiques seraient évolutives, parce que « contestables » : Cf. en ce sens J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, op. cit., p. 7-8.

¹⁰ L'économie de marché s'entend d'une économie dans laquelle les agents font des échanges (de biens et de services notamment) et dont les interactions présentent les caractéristiques essentielles d'être mutuelles et volontaires. En ce sens Cf. : J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2007, p. 11 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2009, p. 34. Les économistes identifient généralement trois grands types de marchés : le marché des biens, le marché du travail et le marché du capital.

¹¹ A. Sen, *Development as freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 112 : "(...) the more immediate case for the freedom of market transaction lies in the basic importance of that freedom itself"; adde: K. Mamadou, *Les servitudes du pacte colonial*, Abidjan, CEDA/NEI, 2^{ème} éd. 2005, p. 219. Pour cet auteur, une telle liberté constitue une passerelle entre la démocratie et l'économie de marché elle-même ; A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, Paris, Economica, 1982 (traduction M.-A. Bera), p. 19 où l'auteur souligne que les restrictions à la liberté du marché, tout au long de l'histoire des sociétés – primitives, antiques, médiévales et modernes – ont plus souvent visé à maintenir les inégalités et les privilèges en faveur d'une minorité qu'à garantir l'égalité des droits du plus grand nombre. Pour cet auteur en outre (p. 110), si marché et démocratie font une bien étrange alliance, c'est parce qu'ils sont inséparables et qu'ils ont besoin l'un de l'autre pour mettre un peu de rationalité dans l'égalité et d'humanité dans l'efficacité.

¹² Pour M. Okun qui propose quelques pistes de solutions à ces inégalités, ces dernières découlent du régime de la propriété privée, laquelle inclut la propriété des moyens de production de base, et du jeu du marché qui fixe le taux de gains et de salaires: A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, op. cit., p. 46.

¹³ A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 26 : "There is plenty of empirical evidence that market system can be an engine of fast economic growth and expansion of living standards"; adde: D. Moyo, *Dead Aid: why aid is not working and how there is a better way for Africa*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 72: "Indeed, neither a capitalist nor socialist economic agenda can be truly achieved in the long term without a financing strategy based on free-market tools".

¹⁴ A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 6: "To be generically against markets would be almost as odd as being generically against conversations between people".

¹⁵ Le triomphalisme de marché semble en effet avoir confondu économie de marché et société de marché en considérant le marché non comme une simple structure de gouvernance mais en l'élevant au statut de mode naturel de vie ne requérant et n'autorisant aucune justification. Pour la défense d'une telle conception du marché Cf. notamment H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985. Cet auteur n'hésite pas à utiliser l'expression « société de marché » et affirme par exemple (p. 384) que l'exigence d'efficacité économique est ce qui s'est révélé à l'expérience comme le système le plus « complet » que l'humanité ait jamais « inventé » pour se défendre contre la menace des monstruosité morales dont l'histoire est riche et que la discipline de l'efficacité économique et des procédures de marché est encore ce qui, à l'expérience, se révèle conduire à l'équilibre « le plus juste » dans l'affrontement quotidien que se livrent les appétits humains de tous ordres (c'est l'auteur qui souligne ces différentes expressions).

L'économie de marché, et plus précisément le fonctionnement du marché, est fondamentalement déterminé par les institutions politiques et les normes sociales qui encadrent son environnement¹⁶. L'Etat ne saurait donc être considéré comme un simple appendice du marché – ce que l'étude du BOT démontrera clairement – destiné à suppléer ses insuffisances¹⁷. En effet, le rôle de l'Etat est central car il élabore les structures de l'action collective et définit notamment les structures générales à l'intérieur desquelles s'exercent les activités d'intérêt public ou collectif (autorités de régulation, monopole public ou concurrence entre différents opérateurs privés)¹⁸. De même, il lui revient de fixer le cadre légal et réglementaire au sein duquel les entreprises privées et les individus agiront¹⁹ ainsi que de procéder aux arbitrages nécessaires entre équité et efficacité²⁰. On a alors affirmé que « mieux d'Etat mène à plus de privé »²¹ et que fondamentalement « tout système économique est en fait un dosage de propriété publique et privée »²².

4. La nature publique d'une activité (ou d'un bien) n'implique toutefois pas nécessairement sa prestation par l'Etat. Elle ne l'exclut pas non plus d'autant plus que, comme nous le verrons, l'approche économique – singulièrement et malgré sa diversité l'approche économique néo-institutionnelle – ne privilégie pas nécessairement le recours au

¹⁶ Le marché a des limites et toute chose ne peut et ne doit être valorisée par le marché. Pour M. Okun par exemple, il importe que la société veille à ce que le marché reste à sa place car l'omnipotence de l'évaluation par le marché fait peser sur nos institutions le risque de détruire toute autre notion de valeur : A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, op. cit., p. 11-12. Selon nous, c'est en conséquence un des rôles de l'Etat d'établir des institutions politiques et sociales régulatrices et correctrices du marché. L'Etat doit ainsi être particulièrement actif, d'une part, dans ce qu'une société considère comme ses valeurs fondamentales (par exemple la dignité humaine, la liberté ou encore l'égalité des conditions) et, d'autre part, dans le domaine économique l'Etat doit notamment veiller et agir sur les externalités, la concurrence et la transparence. Sur la relativité dans le temps et dans l'espace des valeurs, sans pour autant que le caractère objectif de la rationalité axiologique qu'elles sous-tendent soit remis en cause, Cf. notamment : R. Boudon, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, Paris, Dalloz/PUF/Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 11-24, spéc. p. 21-22.

¹⁷ Cf. en ce sens A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, op. cit., p. 29 où l'auteur affirme que le fonctionnement, l'existence même du marché dépendent des pouvoirs de coercition des institutions sociales et politiques ; *adde* dans le même sens : D. Truchet, « Etat et marché », op. cit., p. 323.

¹⁸ En matière de surveillance des marchés financiers par exemple, une étude révèle qu'aucun fondement scientifique et empirique solide n'appuie les thèses et les institutions (Banque mondiale et FMI notamment) ayant eu tendance à encourager une surveillance privée des marchés financiers au détriment d'une surveillance étatique : Cf. Howell. E. Jackson and Mark J. Roe, « Public and private enforcement of securities laws : resource-based evidence », The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, p. 35, available at <http://papers.ssrn.com/abstract=1000086>

¹⁹ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 12 ; *adde* dans le même sens : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 22 où les auteurs affirment qu'il faut toujours se demander si l'exercice de la fonction instituante associée au droit ne suppose pas un minimum de transcendance garante de sa position tierce et de la réussite de sa magie performative, d'autant plus que la prudence conduit à penser que le droit pourrait disparaître dans le passage à la limite d'un modèle réticulaire désinstitué, ramené à la loi du marché.

²⁰ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2009, p. 48.

²¹ P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 154 ; *adde* dans le même sens : R. Posner, *A failure of capitalism – The crisis of '08 and the descent into depression*, op. cit., p. xii (préface) : « We are learning from it [market failure] that we need a more active and intelligent government to keep our model of a capitalist economy from running off the rails ».

²² A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, op. cit., p. 47 ; *adde* : D. Truchet, « Etat et marché », op. cit., p. 324 où l'auteur souligne toutefois qu'il faut se garder de prétendre assigner à l'Etat ou au marché une sphère d'influence spécifique et étanche.

marché²³. En conséquence, l'idée d'une grande entreprise publique reste valide, cette dernière pouvant encore dans certains secteurs tirer avantage des rendements croissants (produire à bas prix, investir, diffuser le progrès technologique tout en offrant de bonnes conditions de travail à ses salariés)²⁴. Aussi, a-t-on par exemple pu démontrer un monopole étatique efficace dans le domaine de l'assurance immobilière (habitation)²⁵. Notre conviction est par conséquent qu'il faut encourager toutes les initiatives publiques ou privées – ou encore comme en l'espèce une combinaison des deux – dès lors que dans le respect des règles du jeu préalablement fixées elles concourent au progrès social et économique et, plus généralement, à l'amélioration des conditions de vie humaine.

5. L'amélioration des conditions de vie humaine justement semble en grande partie reposer sur l'existence et la qualité des infrastructures que possède chaque nation²⁶. De ce fait, d'aucuns affirment que l'investissement dans les infrastructures n'est pas simplement un bon investissement mais que celui-ci serait élevé au rang d'impératif moral et économique²⁷. C'est sans doute pour cette raison que le développement des infrastructures a été à partir de la fin de la seconde guerre mondiale dévolu aux Etats, lesquels fournissent encore une part substantielle de l'investissement nécessaire à un tel développement²⁸.
6. Le financement des infrastructures et autres services collectifs par les Etats se révèle toutefois insuffisant, notamment en raison d'une demande toujours croissante pour de tels investissements²⁹ ou d'un déficit de capacités techniques et de gestion du secteur public³⁰. Par ailleurs, les budgets publics sont également devenus insuffisants – voire totalement exsangues dans certains pays – pour financer l'ensemble des investissements productifs et

²³ Ainsi par exemple, l'application de la théorie du contrat incomplet aboutit, comme nous le verrons, à suggérer que lorsqu'une administration prend en charge une activité publique, elle a intérêt à la conserver en gestion directe lorsque les paramètres de performance du service sont difficiles à établir lors de la rédaction du contrat.

²⁴ De telles entreprises existent encore de nos jours dans de nombreux pays sur tous les continents et leur fonctionnement et performances sont parfois égaux voire supérieurs à ceux de leurs concurrentes du secteur privé. *Contra* cependant : H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit., p. 215 où l'auteur affirme que la propriété publique ne serait qu'une forme archaïque de propriété qui implique des « coûts d'agence » extrêmement élevés alors même que toute l'histoire de la propriété privée s'identifierait à un mouvement permanent de progrès et d'innovation pour les réduire.

²⁵ T. Von Ungern-Sternberg, *L'assurance immobilière en Europe : les limites de la concurrence*, Paris, Economica, 2002. Dans une étude empirique comparée (Angleterre-Espagne-France-Suisse-Allemagne) cet auteur parvient à démontrer de manière convaincante que les monopoles d'Etat présentent d'importants avantages et de meilleures performances que le secteur privé dans le domaine de l'assurance immobilière habitation, particulièrement lorsqu'il s'agit d'effectuer une couverture globale contre les éléments naturels. Plus généralement, l'auteur affirme (p. 100) que l'expérience montre que les monopoles d'Etat sont efficaces quand il s'agit d'offrir un produit hautement standardisé à un grand nombre de clients.

²⁶ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, Washington DC, World Bank Institute, 2004, p. 2 ainsi que toutes les références aux nombreuses études démontrant l'impact des infrastructures sur la croissance économique ; *adde* J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latin America », USC Center for Law, Economics & Organization, Research paper n° C02-22 disponible sur http://papers.ssrn.com/abstract_id=340580, p. 2 ; J. Delmon, *Public-Private Partnership projects in infrastructure – An essential guide for policy makers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 (paperback), p. 1.

²⁷ J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2nd edition, 2009, p. 1.

²⁸ Dans le sens que le secteur public fournit encore une part substantielle de l'investissement en infrastructures : Cf. J. Delmon, *Public-Private Partnership projects in infrastructure – An essential guide for policy makers*, op. cit., p. 2.

²⁹ Ibid. ainsi que la référence à la Banque mondiale citée.

³⁰ J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd edition, 2009, op. cit., p. 10.

des besoins collectifs³¹. Ces raisons notamment expliquent la participation du secteur privé et l'usage systématique des mécanismes concurrentiels dans l'économie des biens collectifs³². Dès lors, après des années de soigneuse et prudente séparation des genres entre les activités commerciales et celles sans but lucratif, entre les intérêts particuliers et l'intérêt général – en clair d'une opposition binaire entre des mondes formés à se méfier l'un de l'autre – il a fallu apprendre à s'associer sinon à se réconcilier immédiatement, la nécessité imposant alors l'idée de partenariat. Mais, qui dit nécessité ne dit pas utilité encore moins légitimité de sorte que l'enjeu d'une réflexion sur l'association des secteurs public et privé pour la réalisation de projets d'intérêt collectif doit être apprécié avec justesse. Pour cela, il nous semble impératif d'éviter deux extrêmes : les préjugés qui mènent à la complaisance et le procès d'intention³³. En effet, alors que les thuriféraires du marché le présente comme l'unique voie du salut pour la société contemporaine, ses détracteurs voient en l'Etat la panacée à toutes les dérives du monde moderne et aux crises financières. C'est dire qu'un équilibre est à trouver entre ces deux extrêmes, celui-ci passant par un examen sans complaisance de l'un et l'autre modèles : la présente étude s'inscrit dans cette démarche.

- 7. Un constat pragmatique fonde l'hypothèse centrale de l'étude.** Dans notre société contemporaine, la question fondamentale nous semble être celle de savoir si l'Etat et les collectivités publiques ont les moyens de financer la totalité des programmes d'investissement en besoins collectifs par le budget et par l'emprunt publics. Pour les multiples raisons sus-évoquées, la réponse nous paraît visiblement négative. Il s'avère alors inutile de s'affronter en arguties de toutes sortes, comme s'il existait véritablement une alternative au financement privé³⁴. Les personnes publiques ont en effet de plus en plus recours, dans leurs politiques de développement économique, à des techniques et procédés qui favorisent le concours et l'intervention d'acteurs économiques privés³⁵ et ce,

³¹ Certains auteurs estiment que s'il est loin d'être établi qu'une augmentation des dépenses d'infrastructures soit plus favorable à la croissance économique que, par exemple, une augmentation des dépenses de santé ou d'enseignement, ils admettent que la qualité de l'infrastructure physique affecte la productivité, la compétitivité sur les marchés extérieurs et la capacité d'un pays à attirer l'investissement étranger : Cf. en ce sens B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, Washington D.C., Fonds monétaire international (FMI-Dossiers économiques), 2007, p. iv ; *adde* : WorldBank, Press release n° 2009/AFR/138, november 2009 : « New study shows that transforming African infrastructure will require an additional \$31 billion a year and huge efficiency gains », consultable sur l'URL permanent : <http://www.go.worldbank.org/IXDCEW9PV0> où on peut notamment lire que : « *This study argues that well functioning infrastructure is essential to Africa's economic performance and that improving inefficiencies and reducing waste could result in major improvements in African's lives* ».

³² Nous entendons par biens collectifs les biens – au sens de biens matériels et de services rendus à la fois – dont la production nécessite l'intervention de l'autorité publique ou leur prise en charge par cette dernière, le marché ne pouvant correctement assurer une telle production.

³³ M. Cooper relève ainsi par exemple que : « (...) most of privatization discussion (...) has focused more on assumptions about the virtues of the private sector and the presumed weaknesses of the public sector than it has on providing the capacity needed to ensure not only that good contracts are developed but also that they will be effectively administered to achieve all essential values at stake in public contracting. (...) These assumptions are often grounded in ideological principles that government is too large and costs too much and that private firms can provide the same or better services at lower prices » : Phillip J. Cooper, *Governing by contract : Challenges and opportunities for public managers*, Washington, CQPress, 2002, p. 5 et 9.

³⁴ Pour M. Arnaud en effet, « *L'affrontement stérile et meurtrier du collectivisme et du « libéralisme » plus ou moins caricaturé par l'individualisme révolutionnaire ne contraint-il pas enfin à traiter le problème non plus à partir d'a priori arbitraires mais d'après une observation des rapports et des tendances réelles ?* » : P. Arnaud, « Juste et utile : deux attributs de l'« ordre réel » qui n'en font qu'un », in *L'utile et le juste*, APD, tome 26, Paris, Sirey, 1981, p. 172.

³⁵ Selon M. du Marais en effet, la fourniture des services publics selon les modalités partenariales avec le secteur privé paraît inéluctable et ce mouvement est mondial et touche aussi bien les pays développés que les pays en

même dans des domaines jadis réservés à la seule puissance publique comme l'illustre, notamment en Europe, le transfert progressif de la responsabilité dans la prévoyance financière en matière de sécurité sociale (régimes des retraites et pensions singulièrement) du public vers le privé³⁶.

8. L'association des secteurs public et privé apparaît ainsi comme une alternative sérieuse et presque incontournable pour le financement des besoins d'intérêt collectifs, plus particulièrement des infrastructures de grande envergure, mais également de nombreuses industries³⁷. Ainsi, à côté des politiques traditionnelles de financement³⁸ du développement sur fonds publics ou avec des garanties publiques, les méthodes innovantes³⁹ généralement inspirées du « Project financing » (ou « Project finance ») sont de plus en plus utilisées et contribuent à l'objectif de financement optimal des besoins d'intérêt collectifs. Ces techniques et procédés innovants forment aujourd'hui ce que l'on appelle les partenariats public-privé (ci-après PPP)⁴⁰. Ces derniers présentent l'avantage d'offrir de nouvelles alternatives de financement et de gestion privés tout en permettant aux personnes publiques de garder la haute main tant sur l'orientation stratégique de projets d'intérêt collectifs que sur la propriété des biens qui en sont issus⁴¹. Le BOT

développement ainsi que les pays en transition : Ph. Cossalter et B. du Marais, *La private Finance Initiative*, Institut de la gestion déléguée, Paris, 2001, p. 75-76 ; *adde* pour un panorama détaillé de pays de l'OCDE disposant même d'entités spécialisées dédiées aux partenariats public-privé : OECD, *Dedicated Public-Private Partnership units*, Paris, OECD, 2010. L'OCDE précise toutefois que l'absence d'une telle entité ne signifie nullement qu'un pays est dépourvu d'un programme actif en matière de PPP.

³⁶ Cf. notamment N. Moloney, *How to protect investors – Lessons from EC and the UK*, London, Cambridge University Press, 2010, p. 2 (et toutes les références citées) : “Greater responsibility for financial planning and welfare provision, including with respect to pension provision, is being increasingly privatized and governments are seeking stronger individual financial independence. Risk is accordingly being transferred from government to households” ; *adde* dans le même sens : N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, Bristol, The Policy Press, University of Bristol, 2008, p. 5.

³⁷ Si cette étude s'intéresse principalement aux infrastructures et services collectifs, il est important d'indiquer que le BOT est parfaitement applicable au secteur industriel. Il pourrait être d'autant plus intéressant pour ce secteur qu'on note que les fonds publics contribuent déjà énormément à la réalisation d'infrastructures et peuvent difficilement faire pareil pour l'acquisition des équipements de production (industrielle) qui relève principalement du secteur privé : Cf. P. Collier, *The bottom billion – Why the poorest countries are failing and what can be done*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 87.

³⁸ Sur le modèle classique de financement des équipements et services collectifs et ses limites, Cf. G. TERNY et R. Prud'homme, « Le financement des équipements collectifs : bilan et perspectives », in G. TERNY et R. Prud'homme (dir.), *Le financement des équipements publics de demain*, Paris, Economica, 1986, p. 23 et s., préc. p. 28 à 33 ; *adde* pour une comparaison entre partenariats public-privé et financement classique de projets publics : E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, in EIB Papers, vol. 15, n° 1, 2010, p. 41 et s.

³⁹ Le partenaire public devrait, selon certains auteurs, décider sur le point de savoir s'il peut financer un projet avec ses propres moyens ou s'il doit faire recours à une méthode innovante. Par conséquent, “The public customer would weigh the tradeoffs with respect to quality, cost, and schedule. The gap between a public customer's objectives and available resources would determine the financing approach. If the resources are limited, then an innovative project delivery and financing method is needed” : A. M. Algarni, D. Arditi, G. Polat, “Build-Operate-Transfer in infrastructure projects in the United States”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 133, n° 10, 2007, p. 729 ainsi que la référence à Sweeney citée.

⁴⁰ Pour une analyse multidimensionnelle des PPP Cf notamment : N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, Bristol, The Policy Press, University of Bristol, 2008 op. cit ; D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (editors), *The economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2005 ; J.-Y. Perrot and G. Chatelus (Eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, Paris, Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2002.

⁴¹ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 63 : “Summing up, the conclusion is that from a public-finance perspective, there is a strong presumption that PPPs are analogous to public provision. In essence, PPPs remain

constitue une des modalités de ces PPP, lesquels méritent à ce titre un éclairage particulier auquel est consacré le chapitre préliminaire à la présente étude.

9. Dans leur mise en œuvre, les PPP s'inspirent ainsi pour une large part du modèle du *project financing* ou « financement de projets » en français. Cette tentative de traduction nous offre l'occasion de régler dès à présent la question de la langue à employer dans le cours de cette étude. En effet, des auteurs francophones affirment que la traduction française « financement de projets » ne rend pas compte du caractère particulier de cette technique, l'expression « financement sur projet » paraissant alors plus appropriée⁴². Nous retiendrons par conséquent dans nos développements l'expression *project financing*, plus authentique par rapport à celle issue de sa traduction en français. Plus généralement, parce qu'il s'agit dans cette étude d'analyser une pratique internationale déjà elle-même connue sous son sigle anglais (BOT), le souci de précision et un certain pragmatisme nous commandent d'éviter de tout traduire à tout prix, ce qui serait d'ailleurs mener un combat linguistique d'arrière garde. En effet, si un concept nous paraît utile, la langue véhiculaire importera peu, la question importante au-delà des traductions⁴³ étant celle de la langue juridique. Ne rappelle-t-on d'ailleurs pas que tous les juristes, même les Anglais, sont nourris de droit romain ?⁴⁴ Bien plus : “*The Normans (from France) conquered the Anglo-Saxons over 900 years ago. The common law was, surely, not even an Anglo-Saxon creation*”⁴⁵.
10. Le *project financing* est en substance (Cf. *infra* n^{os} 497 et s. pour un examen approfondi) une technique de financement où les prêteurs acceptent de financer un projet en se basant uniquement sur sa rentabilité et sa valeur propres⁴⁶. En pratique, le remboursement du prêt dépend partiellement (hypothèse du prêt à recours limité ou « limited recourse financing ») ou uniquement (cas du prêt sans recours ou « non-recourse financing ») des cash flow générés par le projet lui-même⁴⁷. La capacité du projet à générer des revenus qui serviront au remboursement du prêt constitue dès lors la pierre angulaire du *project financing*. Le BOT repose essentiellement sur un tel mécanisme. A titre d'illustration, dans le cadre d'un projet d'infrastructure réalisé en BOT dans un Etat d'accueil donné, cette caractéristique essentielle du *project financing* se traduira en principe par l'absence de recours des prêteurs à la fois à l'encontre des promoteurs du projet (pas de garantie financière des promoteurs privés) et à l'encontre de l'Etat d'accueil (pas de garantie de

public projects, and should be treated as such for government accounting purposes”; *adde*: J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd édition, 2009, op. cit., p. 4.

⁴² I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, Paris éd. ESKA, 1996, p. 15.

⁴³ V. sur le caractère approximatif, ou même trompeur, de la traduction des concepts d'origine étrangère : H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC, 2000, p. 522 et s.

⁴⁴ Cf. en ce sens Y. Chaput, « Crise du droit des affaires et/ou révolution du droit économique » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 13 ; *adde* : Y.-M. Laithier, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », in *Revue des contrats*, 2010, p. 407 où l'auteur indique que « la théorie générale du contrat en *common law* a été largement empruntée à la pensée « civiliste » continentale telle qu'elle était connue au XIX^e siècle ».

⁴⁵ Francis W. Neate, “Civil Law and Common Law: Rendez-vous in Eurotunnel”, in IBL, January 1996, p. 3.

⁴⁶ A. Grenon, « ‘Project Financing’ : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », in D.P.C.I., 1980, n^o 2, p. 190.

⁴⁷ Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, Cambridge, Cambridge University Press, 3rd édition, 2008 (paperback), p. 4-5 ainsi que d'autres définitions citées par l'auteur et l'importante bibliographie y relative et reprise en note 1 ; *adde*: I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 15.

remboursement des promoteurs publics)⁴⁸. Le BOT apparaît ainsi comme une des solutions innovantes précitées et une alternative non négligeable par rapport à l'approche traditionnelle de financement de projets publics⁴⁹. En effet, à la différence des financements traditionnels de projet dans le cadre desquels l'Etat d'accueil obtient un financement et en garantit le remboursement aux prêteurs, le financement et la réalisation du projet incombent dans le cadre du BOT à ses promoteurs de sorte que le remboursement des prêteurs sera principalement assuré par les recettes générées par ledit projet.

11. L'appréhension du concept de BOT : il s'agira pour nous tout d'abord d'écarter les sigles trompeurs. En effet, l'abréviation BOT peut tout d'abord, si on n'y prête attention, renvoyer à la Banque centrale thaïlandaise ou Bank of Thailand (en abrégé BOT) créée en avril 1942⁵⁰. Le sigle BOT peut ensuite renvoyer à un modèle d'externalisation⁵¹ ou de délocalisation⁵² (« offshore model ») de services pratiqué notamment en Inde. Cependant, le concept⁵³ de BOT objet de la présente étude a été vraisemblablement dégagé par le Premier ministre turc Turgut Ozal au début des années 1980⁵⁴. Il s'agit d'une technique par laquelle un Etat d'accueil sélectionne une entité privée⁵⁵ dans le but de la conception, du financement et de la construction d'une infrastructure et accorde à cette entité le droit de l'exploiter commercialement durant une période déterminée, à l'expiration de laquelle l'infrastructure est transférée à l'Etat⁵⁶.

12. En pratique, la réalisation d'une opération BOT suit généralement cinq phases reprises sur la figure ci-après :

⁴⁸ En ce sens Cf. J.-M. Loncle, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », in RDAI, 1997, n° 8, p. 946.

⁴⁹ J.D. Appiah, « Infrastructure Projects: BOT Developed Country Structuring », in IBL, April 1991, p. 206.

⁵⁰ Pour des détails sur cette institution, Cf. <http://www.bot.or.th> (Pour un exemple de titre trompeur V. "BOT's credibility crisis", in South East Asia I, vol. 18, Issue 2, February 2007, p. 1-2).

⁵¹ V. par exemple Michael A. Hyman and Rajiv S. Shah, "The new future state outsourcing model: Build/Operate/ Transfer – Preparing for this future model", in Housing Finance International, Dec. 2003, p. 11-14.

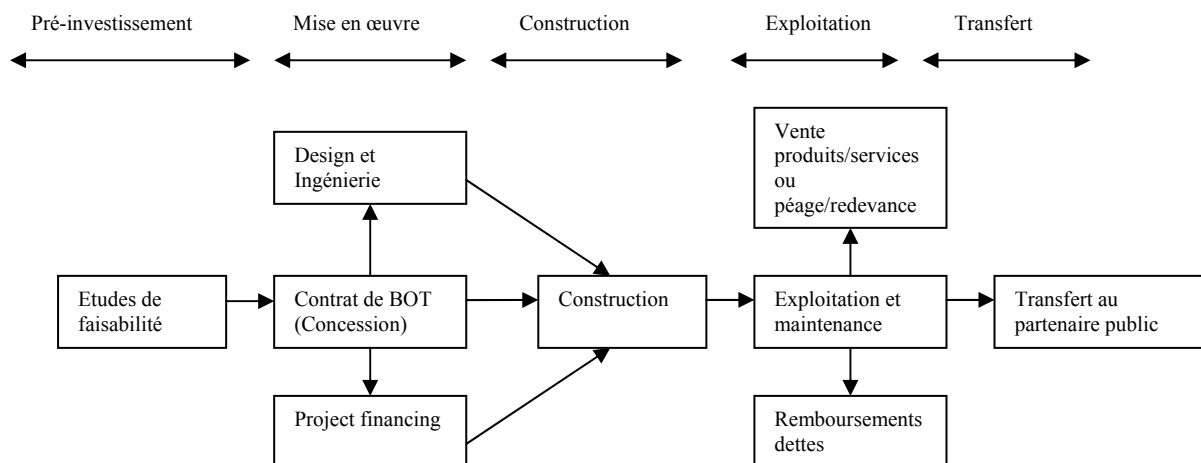
⁵² Cf. par exemple, Cordiant BOT offshore model for businesses worldwide, "Cordiant BOT Build-Operate-Transfer – India offshore model for businesses worldwide", Rev 2.0/March 2010 sur www.cordiant.com

⁵³ On a pu affirmer que le concept, par opposition à la notion, s'intéresse davantage à l'essence d'une réalité alors que la notion se préoccupe plus de son régime, même si sur le plan philosophique ces deux définitions sont assez proches : Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 56, préc. note 395 ainsi que toutes les références citées.

⁵⁴ M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries", in Working Papers (WPS 498), The World Bank, August 1990, p. 2; *adde*: J. Delmon, *Project finance, BOT Projects and risk*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 56 ainsi que la référence citée; *Idem*, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd édition, 2009, op. cit., p. 94 ainsi que la note 84 citée.

⁵⁵ V. cependant *infra* n° 1155 et s. pour les possibilités d'offres spontanées ou projets d'initiative privée et les difficultés et controverses que ces possibilités suscitent.

⁵⁶ J.D. Appiah, « Infrastructure Projects: BOT Developed Country Structuring », op. cit., p. 207.

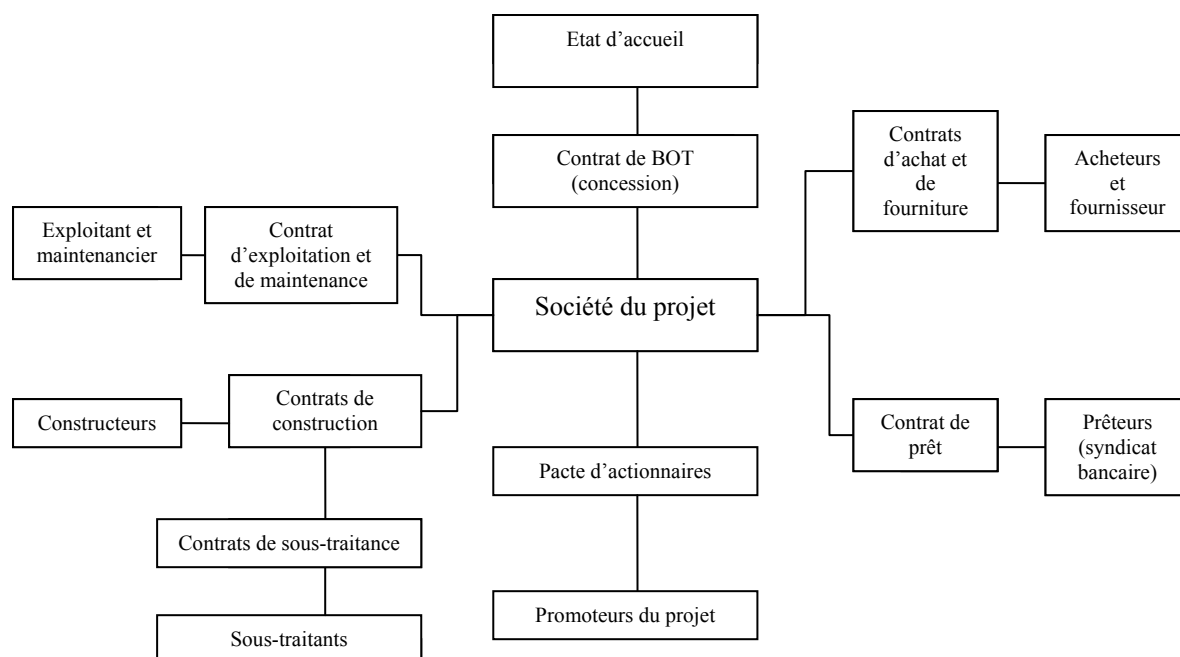


13. Le BOT met en présence une multitude de partenaires⁵⁷ dont très souvent l'Etat d'accueil⁵⁸ ou une de ses composantes ou démembrements, les investisseurs privés (promoteurs du projet généralement à travers la société du projet), les prêteurs sur projet (souvent un pool de banques internationales avec, le cas échéant, le concours des institutions financières internationales) qui financeront la construction de l'ouvrage et l'investissement initial qui en permettra l'exploitation, le constructeur (souvent un consortium d'entreprises) et enfin l'utilisateur final du produit ou du service. Dans le cadre de cette étude et par souci de simplification, les expressions partenaire public, Etat d'accueil ou Etat hôte seront employées pour désigner de manière indifférenciée l'Etat, la collectivité locale ou régionale et toute autre personne publique partie à l'opération de BOT. De même, l'expression générique partenaires privés désignera les promoteurs et sponsors du projet ainsi que les autres partenaires contractuels sauf autrement précisé, notamment lorsqu'il s'agira par exemple des prêteurs, du constructeur, de l'exploitant ou encore des fournisseurs et autres utilisateurs finaux (clients/acheteurs).

14. Le schéma d'un montage contractuel classique de BOT correspond à la figure ci-après :

⁵⁷ Selon Mme Pironon, la notion de partenariat qui se situe à un stade intermédiaire entre l'action individuelle et l'action collective est imparfaitement reçue par le droit mais est assez lâche pour englober toutes sortes d'opérations conduites dans l'intérêt commun des participants : V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, 2004, p. 7.

⁵⁸ Ici réapparaît la notion de « Contrat d'Etat » qui a fait l'objet d'une étude approfondie dans le cadre de notre mémoire de DEA sur « L'encadrement contractuel des investissements (Grands projets) », ULB, 2005.



15. Les opérations de BOT permettent la réalisation de projets dans des domaines divers et variés tels que les centrales électriques ou thermiques, les usines de production d'eau potable ou d'assainissement, les ponts, les tunnels (le projet Eurotunnel demeure une des illustrations marquantes dans ce domaine), les autoroutes, les réseaux de télécommunications, les infrastructures portuaires et aéroportuaires etc. A cette variété des domaines d'application du BOT correspond une adaptation du schéma du montage ci-dessus mais surtout également plusieurs variantes du concept⁵⁹ dont notamment : le BOO (« Build, Own, Operate »), le BOL (« Build, Operate, Lease »), le BOOT (Build, Own, Operate, Transfer), le BTO (« Build, Transfer, Operate »), le DBFO (« Design, Build, Finance, Operate »), le ROO (« Rehabilitate, Own, Operate »), le ROT (« Rehabilitate, Own, Transfer »), le TOT (« Transfer, Operate, Transfer »)⁶⁰. Dans le cours de cette étude, seule l'appellation générique BOT sera toutefois utilisée par souci de simplicité. Ce concept dont l'étude illustrera l'esprit qui caractérise les PPP présente des atouts mais également des inconvénients et des zones d'ombres, ce qui suscite des controverses.

16. Le concept de BOT présente des atouts. Le BOT présente en effet un certain nombre d'avantages pour les Etats d'accueil de ce type d'opérations. Il peut par exemple permettre de réaliser de nouvelles infrastructures dans des délais relativement courts, sans augmenter la pression fiscale sur les contribuables ni aggraver le déficit budgétaire

⁵⁹ Pour une méthodologie permettant la classification de ces différentes variantes Cf. notamment: J. Delmon, "Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...", Policy Research Working Paper 5173, The World Bank, January 2010.

⁶⁰ Cette dernière variante du BOT présente la particularité de permettre à un Etat de confier à des firmes étrangères la tâche de gérer des installations déjà opérationnelles (premier transfert). Une partie des sommes facturées en contrepartie des services fournis est provisionnée au fur et à mesure en vue du financement de la construction d'infrastructures futures. A l'expiration du contrat, les firmes retournent les installations aux autorités de l'Etat d'accueil (deuxième transfert). Sur cette variante Cf. P.-H. Ganem, « Financement de grands projets internationaux », in RDAI, 1997, n° 4, p. 536.

national⁶¹. Pour certains projets, il permettrait même de faire supporter le coût de réalisation, non par l'ensemble des contribuables de manière indifférenciée, mais par ses seuls usagers⁶². En outre, le BOT semble également un instrument de transfert de technologie⁶³ et de promotion des investissements étrangers⁶⁴. Bien plus, le contrat de BOT semble pouvoir assurer au partenaire public l'acquisition d'une certaine maîtrise juridique qui lui permet, au fur et à mesure où il acquiert les connaissances techniques nécessaires, de soumettre son cocontractant étranger à un contrôle que celui-ci a accepté par avance. En ce sens, le BOT peut s'avérer être un instrument de coopération équilibrée et dynamique susceptible d'annihiler toute tentation d'expropriation. Il faut toutefois se garder de penser que le BOT est un instrument réservé aux seuls pays en développement. Il s'est au contraire révélé utile à la mise en œuvre de nombreux projets dans les pays industrialisés de sorte que certains auteurs n'hésitent pas à en recommander globalement la généralisation⁶⁵.

17. Le succès d'un projet BOT passe néanmoins par l'implication et le soutien que l'Etat d'accueil peut (ou veut) donner au projet, notamment en créant un environnement politique et économique stable ainsi qu'un cadre réglementaire clair, performant et adapté à l'approche BOT et plus généralement aux PPP⁶⁶. De telles conditions participent de la réduction des risques qui sont susceptibles d'affecter ce type d'opérations. Il pèse en effet sur les opérations de BOT plusieurs types de risques dont deux principalement à savoir : d'une part, les « risques pays » c'est-à-dire les risques liés au contexte politique, économique et juridique de l'Etat d'accueil⁶⁷ et, d'autre part, les « risques projet » c'est-à-

⁶¹ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 81; adde: J.-M. Loncle, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) » op. cit., p. 946-947.

⁶² L'exemple des projets autoroutiers (à péages) est souvent cité. Sur la réalisation de projets autoroutiers en Israël sur la base de cette technique, Cf. : R. Yehuda et M. Calev, « Public-Private projects : the new frontier », in IFLR, March 2005, vol. 24, Issue n° 3.

⁶³ Comp. avec le contrat de franchise industrielle dans lequel le franchiseur rentabilise ses procédés de fabrication et sa marque dans des contrées où il lui serait difficile voire impossible d'être présent (à raison de la réglementation locale, du coût des transports, des taux de change...) et le franchiseur quant à lui profite des connaissances et de la renommée de son partenaire et acquiert une maîtrise industrielle. Pour une tentative d'application du franchisage au service public, Cf. O. Badot et G. Paquet, « Le franchisage du service public: un exemple de quasi-firme », in Gaz. Pal., 1990, 1^{er} sem., p. 54-56. Pour Scott L. Hoffman: « *The BOT structure (...) might also be useful in transferring a pool of local labor to the private sector for training in modern, more efficient, operations* »: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 81. Contra cependant: C. Chen and John I. Messner, "An investigation of Chinese BOT projects in water supply: a comparative perspective", in Construction Management and Economics, Nov. 2005, n° 23, p. 923 où ces auteurs affirment que dans les hypothèses de "Wholly Foreign Owned (WFO) BOT mode" – c'est-à-dire une situation où les investisseurs étrangers contrôlent le projet à 100%: "(...) the BOT method is distinctly inferior to traditional joint venture structures in terms of transfer of technology and management skills from foreign participants to local governments and enterprises".

⁶⁴ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 81.

⁶⁵ Se référant aux USA, certains auteurs affirment ainsi que: "Since the infrastructure in the United States is in need of large and immediate investments, and the funds provided by public agencies are not nearly sufficient to face such a challenge, there is an immediate need for exploring innovative financing models such as BOT that were successfully used by developing countries, which are faced by much same problems as local, state and federal agencies in the United States": A. M. Algarni, D. Arditi, G. Polat, "Build-Operate-Transfer in infrastructure projects in the United States", op. cit., p. 734.

⁶⁶ Cf. en ce sens notamment J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd edition, 2009, op. cit., p. 4.

⁶⁷ Selon M. J.D. Appiah, "In the LDC (Less Developed Countries) the main constraint is likely to be foreign exchange availability and country risk since revenues generated by such projects are largely in local currency": J.D. Appiah, « Infrastructure Projects: BOT Developed Country Structuring », op. cit., p. 208.

dire ceux relatifs notamment aux paramètres techniques, managériaux et financiers du projet lui-même.

18. La question des risques est au centre des préoccupations de tous les praticiens du BOT (Cf. *infra* n^{os} 608 à 725 pour un examen approfondi). Elle est source d'une créativité, sans cesse renouvelée, dont font preuve ces derniers dans la recherche de solutions toujours plus innovantes et adaptées à chaque opération. Aussi, faut-il dans le cadre d'une étude minutieuse de faisabilité examiner si le projet peut, dans la limite du financement qui lui est consacré, être mené dans les délais et selon les spécifications techniques convenues ; si l'exploitant de l'infrastructure est outillé et possède l'expérience nécessaire pour ce faire ; si il existe un marché susceptible de générer les revenus escomptés ; si les projections de recettes sont à même de permettre le remboursement total des emprunts à leur échéance ou au terme du contrat de concession ; si il existe une volonté politique des autorités étatiques de voir le projet réussir et si, malgré tout, le risque politique résiduel est acceptable (raisonnable)⁶⁸. C'est alors ici que naissent de nombreuses critiques, justifiées ou non, et que l'on aperçoit parfois les limites de certaines solutions imaginées par la pratique. Aussi, doit-on constater que le BOT, loin de constituer la panacée, présente également certains inconvénients source de conflits potentiels – qui peuvent devenir réels – entre les partenaires dont les intérêts peuvent se trouver contrariés si entre eux des rapports équilibrés et loyaux ne sont pas établis. Le concept de BOT est par conséquent sujet à critiques et à controverses. Par souci de neutralité axiologique, certaines de ces critiques et controverses méritent d'être soulevées dès à présent et, le cas échéant, évacuées.

19. Le concept de BOT présente des inconvénients et des zones d'ombre sources de critiques et controverses. Plusieurs critiques sont dirigées contre le BOT⁶⁹ dont une, radicale, porte sur le bien-fondé du concept de BOT ou de l'opportunité des PPP et, plus généralement, de la contractualisation dans le secteur public. En effet, une des critiques fondamentales contre le BOT concerne le bien-fondé de ce concept lui-même et, au-delà, l'opportunité même de la participation du secteur privé à la réalisation de projets d'infrastructure⁷⁰ voire plus généralement la contractualisation dans le secteur public⁷¹.

⁶⁸ En ce sens, J.D. Appiah, « Infrastructure Projects: BOT Developed Country Structuring », op. cit., p. 208 ; *adde* : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, Bruxelles, Bruylant, 1996, tome II, p. 238, pour qui, en ce qui concerne la rentabilité potentielle du projet, l'analyse de celle-ci requiert une étude fiable accomplie par des spécialistes et portant sur les besoins véritables des usagers ou consommateurs, et sur leurs possibilités financières.

⁶⁹ Pour une présentation d'un certain nombre de critiques Cf. J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd édition, 2009, op. cit., p. 96-97.

⁷⁰ Trujillo et consorts affirment ainsi que : “We argue that such a generalized use of BOT schemes whose main characteristic is the concentration of all responsibilities (building, management and financing) in a unique private agent (or a joint venture of private agents), could be challenged on the grounds that the unbundling of these responsibilities is a more efficient alternative. More specifically, we argue that there are efficiency gains if financing is made through a neutral special purpose vehicle (SPV) sponsored by the public sector on behalf of the infrastructure users and payers”: José A. Trujillo, R. Cohen, X. Freixas and R. Sheehy, “Infrastructure financing with unbundled mechanisms” in D. Grimsey and M.K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing Ltd, 2005, p. 259.

⁷¹ Sur la question de la contractualisation dans le secteur public, Cf. notamment : Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; *adde* : Les actes du colloque organisé par l'ULB : « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ? », Revue de droit de l'ULB, vol. 33, 2006, p. 69 et s. ; Phillip J. Cooper, *Governing by contract : Challenges and opportunities for public managers*, op. cit. Cet auteur affirme toutefois (p. 47-48) que : “(...) we have moved the center of gravity of governance a significant way toward contract. A move from authority to contract does not

Selon M. Bolmin par exemple, présenté comme une modalité de la privatisation dans le cadre de la doctrine dominante, le principe du transfert au secteur privé de la responsabilité du développement d'infrastructures s'accompagne d'une mise en retrait de la puissance publique qui se révèle des plus inopportunes⁷². Le BOT et plus généralement les PPP ne seraient rien d'autres que des formes de privatisations⁷³ d'autant plus dangereuses que le risque est grand de constituer des monopoles privés en lieu et place de monopoles publics.

20. D'un autre côté, Mme Fortin relève que les contrats de service publics, notamment lorsqu'ils sont passés avec une entreprise privée, sont de ceux qui mettent le plus fortement en lumière le manque d'expertise des collectivités publiques⁷⁴. Cette remarque faite dans le contexte des pays industrialisés paraît encore plus pertinente en ce qui concerne les pays en développement⁷⁵. Dans ces derniers pays en effet, les personnes publiques manquent cruellement de l'expertise juridique, comptable et très souvent technique ainsi que de la capacité à conduire des négociations de manière générale et, singulièrement, avec de grandes sociétés rompues à cet exercice et disposant d'un fort potentiel d'expertises et de ressources de toutes sortes⁷⁶. Dès lors, c'est très justement qu'on a relevé que : « *Prôné pour sa capacité à réduire l'incertitude, le contrat peut alors devenir facteur de risques financiers pour la collectivité et par ricochet, de risques politiques pour les élus* »⁷⁷. Il peut en être ainsi en raison notamment des insuffisances des méthodes et techniques budgétaires et comptables ou de la tentation de se constituer une rente.
21. D'autres inconvénients du concept de BOT se trouvent tant dans la tentation de l'utiliser comme artifice budgétaire et comptable qu'à travers le risque qu'il pose de capture de l'Etat d'accueil ou de son régulateur aux fins de rente. L'utilisation de la technique du BOT peut, selon certains auteurs, constituer un artifice budgétaire, postposant des échéances, et permettant par ailleurs de financer des projets peu rentables⁷⁸. Ainsi, une

mean an end to public institutions but, rather, a need to develop the institutional and managerial capacity necessary to meet the many new challenges before us".

⁷² P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p.134.

⁷³ Cf. en ce sens E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York/London, Chatam House Publishers, 2000, p. 4 pour qui : "Awarding franchise to companies to finance, build, own and operate highways, tunnels and waterworks is also privatization".

⁷⁴ Y. Fortin, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980: hors du contrat point de salut? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, op. cit., p. 12.

⁷⁵ Cf. en ce sens P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 134 où l'auteur relève que tout entrepreneur qui est intervenu dans un pays émergent a fait l'expérience de la méconnaissance, parfois surprenante, par les pouvoirs publics des sujétions que leur imposent la réalisation d'opérations de type BOT.

⁷⁶ Pour Mme Duong dès lors: "*Hence, there is also the danger that global infrastructure or economic development projects have become a growing, de facto state of monopoly in which syndicated players and multinationals occupy the scenery of both the financing as well as the technology markets. This alliance or monopoly may impede the growth of a true "free enterprise", or economic growth for the private sector in the host country, where local businesses can develop and prosper*": Wendy N. Duong, "Revisiting the BOT structure in direct foreign investment transactions", Working paper n° 10-15, University of Denver Sturm College of Law, available at <http://ssrn.com/abstract=1597826>, p. 4.

⁷⁷ Y. Fortin, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980: hors du contrat point de salut? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, op. cit., p. 12.

⁷⁸ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II op. cit., p. 292.

opération BOT risque d'avoir pour effet d'étaler la dépense de l'Etat d'accueil dans le temps, avec la difficulté de l'exacte imputation en section fonctionnement et/ou investissement du budget de la collectivité⁷⁹. Une telle manœuvre paraît d'autant plus aisée que les collectivités publiques peuvent facilement transférer aux générations futures le fardeau de la dette, sans en supporter les coûts de transfert⁸⁰. Bien plus, l'exigence d'un cadre institutionnel et réglementaire adapté au BOT suppose des réformes législatives parfois importantes. Or, relève-t-on, par la multiplication des lois et règlements, les intérêts organisés peuvent obtenir des avantages particuliers – souvent même sans provoquer un alourdissement excessif des budgets publics –, de même qu'ils peuvent, à mêmes fins, organiser le financement le moins transparent possible, notamment par l'endettement et les garanties plus ou moins claires qui l'accompagnent⁸¹.

22. La mise en œuvre du BOT soulève également des critiques, notamment lorsqu'est appliqué le système dit du « *fast track* » qui implique que les études préalables soient réduites au minimum⁸². Selon M. Brabant qui se réfère au projet Eurotunnel, les travaux sont dans ce système entamés avant l'achèvement des études préalables voire même avant la mise au point d'un avant projet détaillé⁸³. L'auteur, citant *The Economist*, relève que ces procédures d'urgence gonflent les prix et incitent à la corruption, contrairement aux procédures ouvertes à large concurrence qui limitent fortement ces deux risques⁸⁴. Certains auteurs ont en outre avancé que les projets d'infrastructure, contrairement à ceux réalisés dans les domaines de la santé ou de l'éducation, offriraient de nombreuses opportunités de corruption⁸⁵. Par ailleurs, le coût élevé du BOT en constitue l'une des critiques récurrentes.

23. Le coût élevé du BOT n'est pas un argument dénué de pertinence et constitue un des plus avancés par les pourfendeurs de cette technique. Selon M. Bolmin par exemple, « *L'utilisation inconsiderée de techniques juridiques et financières d'origine anglo-saxonne présentées, par leurs promoteurs, comme les parangons de l'économie de marché est la source de dérives inquiétantes pour les opérations d'infrastructure. (...) ces techniques ont pour conséquence de placer l'ensemble des projets sous l'empire exclusif de l'approche bancaire. (...) La 'mise sous tutelle bancaire' des projets engendre une inflation des coûts de transaction qui alourdit inconsiderablement le montant global des opérations au détriment des principaux partenaires des projets* »⁸⁶. Toutefois plus

⁷⁹ P. Terneyre, « Les montages contractuels complexes » in AJDA, juillet-août 1994, p. 57; *adde* dans le même sens: J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd édition, 2009, op. cit., p. 21, préc. note 24.

⁸⁰ A la différence d'une entité privée dont l'endettement pèse immédiatement sur chacun de ses membres.

⁸¹ En ce sens Cf. C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 54. Pour cet auteur en outre (p. 55), le degré de concentration des bénéfices, la diffusion et l'absence de transparence dans les coûts, sont les meilleurs alliés des intérêts particuliers.

⁸² Selon M. Guillemin, dans le cadre du projet du tunnel sous la Manche, la consultation lancée par les gouvernements – français et anglais – n'avait duré que cinq mois. L'ouvrage n'était ainsi que très sommairement défini et, selon l'auteur, l'objet de l'un des plus importants contrats de construction jamais signés restait largement indéterminé: J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche: confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », in RIDC, 1995, n° 2, p. 405.

⁸³ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II op. cit., p. 239 et 289-290.

⁸⁴ Ibid. p. 290 ainsi que les références citées.

⁸⁵ En ce sens Cf. A. Shleifer and R. W. Vishny, *The grabbing hand. Government pathologies and their cures*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd printing, 1999, p. 106 où les auteurs affirment que ceci expliquerait pourquoi les dirigeants des pays pauvres préfèrent investir leurs maigres ressources dans les projets d'infrastructures et de défense.

⁸⁶ P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure: la notion de Co-développement », op. cit., p. 133 et 134; *adde*: A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans*

généralement, si certaines des controverses et critiques sus-évoquées semblent pertinentes et méritent de plus amples analyses dans le cours de l'étude, elles ne sont nullement décisives de sorte qu'elles peuvent être d'ores et déjà discutées.

24. Discussions sur les controverses et critiques suscitées par le concept de BOT. Il convient d'emblée d'indiquer que le BOT n'est pas propice à la réalisation de n'importe quel projet public⁸⁷. Bien plus, la seule participation du secteur privé n'entraîne pas automatiquement le succès d'un projet⁸⁸ en assurant qualité, efficacité et service au public. C'est ce qu'atteste par exemple le relatif échec du projet BOO « *Land Transportation Office-Information Technology* » (LTO-IT) lancé aux Philippines en 1998 et relatif à la modernisation de l'infrastructure informatique de gestion des communications par voie terrestre⁸⁹. Néanmoins, s'il n'est ni envisageable ni souhaitable que le BOT soit appliqué à tous les projets, même d'envergure, cette technique procure tout de même une méthode pour inverser la fragmentation des fonctions qui a jadis caractérisé la réalisation de grands projets conduisant à une confrontation – généralement basée sur la méfiance – entre divers participants au projet : le BOT constitue en réalité un changement de paradigme dans la réalisation de grands projets d'intérêt collectif⁹⁰.

25. L'argument du coût élevé du BOT est certes pertinent mais ne suffit pas à emporter totalement la conviction ou à entamer le crédit de cette alternative de réalisation de projets publics. Parce que le BOT est justement une alternative au financement classique de projets publics, il revient à l'Etat d'accueil du projet de comparer les formules de financement établies et de choisir la plus appropriée pour l'opération projetée⁹¹. Toutefois, rien ne doit empêcher le partenaire public de choisir la formule la plus onéreuse si les avantages qu'elle présente paraissent globalement le mériter. Aussi, Mme Moyo a-t-elle pu très justement s'interroger : *“How much better if a country pays the higher financial rate, and gets quality investment and an improved standing in the world?”*⁹² Pour M. Sen au demeurant, *“The real problem here is not the need for financial conservatism in itself, but the underlying – and often unargued – belief that has been*

l'U.E. et Outre-mer, tome II op. cit., p. 291-292. Pour l'auteur qui se réfère aux cas de la Pologne et de la Hongrie, la formule du BOT peut être relativement onéreuse pour l'utilisateur et pour l'Etat dans la mesure où les promoteurs n'apportant pas de capitaux, la contribution publique reste importante (15 à 30% de l'investissement).

⁸⁷ Cf. en ce sens M. M. Kumaraswamy and X. Q. Zhang, “Governmental role in BOT-led infrastructure development”, in *International Journal of Project Management*, vol. 19, 2001, p. 195.

⁸⁸ J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd edition, 2009, op. cit., p. 10.

⁸⁹ Sur l'ensemble de ce projet et ses péripéties, Cf. A. Navarro, “Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges”, Discussion paper series n° 2005-01, Philippine Institute for Development Studies (PIDS), January 2005, p. 11-55. L'auteur relate par exemple que : *“(…) In August 2002, the LTO-IT project encountered significant delay in implementation of the computerized licensing system because license plate manufacturing backlog stood at around 87,000 plates. The district offices could not give the plate to the vehicle owners who had already paid for these because the Central Office could not cope with the demand. As consequence, even with the presence of computerized systems in the district offices, these offices resorted to manual operation”*.

⁹⁰ En ce sens Cf. M. M. Kumaraswamy and D. Morris, « Build-Operate-Transfer type procurement in Asian megaprojects » in, *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 128, n° 2, avril 2002, p. 94. Pour ces auteurs en effet : *“(…) the adversarial scenarios perpetuated in most traditional paths (...) often position the constructor against the architects/engineer/client rather than encouraging teamwork towards common targets”*.

⁹¹ Comme nous le verrons, l'avantage du BOT, en ce qu'il est assis sur le *project financing*, est qu'il est également un outil de comparaison (« benchmarking ») des sources et méthodes de financement (Cf. *infra* n° 549 et s.)

⁹² D. Moyo, *Dead Aid: why aid is not working and how there is a better way for Africa*, op. cit., p. 85.

*dominant in some policy circles that human development is really a kind of luxury that only richer countries can afford*⁹³. Bien plus, on a relevé que faire une bonne affaire pour une personne publique consiste moins à obtenir les prix les plus bas qu'à obtenir la meilleure valeur possible, laquelle se mesure essentiellement en termes d'efficience, d'effectivité, d'équité, de réactivité et de responsabilité⁹⁴.

26. L'illustration par l'absurde suivante apportera de la lumière à notre argumentaire : il s'agit du complexe sucrier de Kenana, au Soudan (avant sa séparation en deux Etats), lancé par la Banque mondiale. Tout semblait démesuré dans ce projet : la centrale électrique de 40 mégawatts, le réseau de canalisations – dont la principale mesure 32 Km –, la station de pompage qui élève l'eau du Nil de 45m, l'usine capable de produire 17 000 tonnes de sucre par jour ; son coût : 613 millions de dollars en 1981, dans un des pays les plus pauvres au monde. Le résultat : le sucre produit est nettement plus cher que le sucre d'importation, mais le projet a été très profitable pour près de quatre cents étrangers qui l'ont conduit à terme⁹⁵. Autant dire tout de suite que si les protagonistes de ce projet devaient se payer sur le cash flow ou les revenus de ce projet et le gouvernement soudanais en tirer des bénéfices pour rembourser le coût de sa construction, celui-ci aurait été plus sérieusement pensé (à des conditions financières plus onéreuses peut-être mais avec une certaine garantie de viabilité) ou n'aurait purement et simplement pas vu le jour (ce qui aurait eu le double avantage d'éviter une mauvaise allocation de ressources et l'endettement d'un pays déjà très pauvre). De ce qui précède, le BOT apparaît comme un outil inhibiteur de projets de prestige et forçant à une certaine éthique des affaires et plus précisément, comme nous le verrons, comme un instrument de « contrôlabilité » de l'action des partenaires impliqués dans l'opération (Cf. n°s 1129 à 1169 *infra*)⁹⁶.

27. Par ailleurs, le BOT peut constituer un formidable outil de distinction (« signalling »)⁹⁷, affichant et augmentant par ailleurs la capacité d'un Etat (« capacity building ») à accueillir et réaliser des projets d'envergure. Ainsi par exemple à propos du « Southern Africa regional gas project » réalisé au Mozambique, M. Delmon déclare : *“The Southern Africa regional gas project is an example of a successful cross-border transaction despite its complexity in the design and implementation process and highly diverse stakeholder groups. The transaction*

⁹³ A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 143. L'auteur précise : *“Financial conservatism should be the nightmare of the militarist, not the school teacher or the hospital nurse”*. Nous ajouterons à la suite de l'auteur qu'un tel conservatisme ne doit nullement s'appliquer aux biens et services collectifs en général.

⁹⁴ Cf. en ce sens Phillip J. Cooper, *Governing by contract: Challenges and opportunities for public managers*, op. cit., p. 4-5 : *“It seems obvious that a good deal means something more than simply obtaining the lowest price. (...) That is why both public and private discussions of contracting have come to emphasize best value rather than lowest price. (...) Although price is a factor, other critical issues include efficiency, effectiveness, equity, responsiveness and responsibility”*.

⁹⁵ Sur les détails de ce projet : Cf. Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle », in Juriscl. Contrats de distribution, Fasc. 1830, mai 2000, p. 15, n° 65.

⁹⁶ Pour M. Cooper par exemple : *“Making the best deal for the public lies not simply in deciding whether to contract or to whom the contract is to be awarded but in the entire administration of the contracting process from the beginning to the end. (...) The best deal is not measured by any one criterion. Although price is a factor, other critical issues include efficiency, effectiveness, equity, responsiveness, and responsibility”* : Phillip J. Cooper, *Governing by contract: Challenges and opportunities for public managers*, op. cit., p. 4-5.

⁹⁷ Le *signalling* correspond au comportement du fournisseur d'un produit dont la qualité n'est pas directement observable et visant à informer de manière fiable le client de la qualité véritable du produit. Ce concept a été proposé par M. Michael Spence pour qualifier ces comportements ou stratégies qui permettent ainsi de se distinguer : Cf. M. Spence, “Job market signaling”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 87, n° 3, 1973, p. 355-374. Le *signalling* tend en effet à répondre au problème de l'insuffisance d'information analysé par George A. Akerlof dans son célèbre article sur le marché des voitures de mauvaise qualité (« market for lemons ») : G. A. Akerlof, “The market for “lemons” : quality uncertainty and the market mechanism”, in *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500.

was key to introduce international banks to Mozambique and raise the country's profile and set high standards for the government⁹⁸. De même, la Chine semble avoir procédé étape par étape dans la mise en œuvre de ses différents projets BOT et précisément à partir d'une série de projets pilotes conçus pour servir de modèles et attirer les investisseurs, d'abord dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et par suite, à d'autres projets d'infrastructures⁹⁹. Bien plus, les mécanismes et procédures du BOT peuvent constituer une source d'inspiration pour améliorer les modalités classiques de réalisation de projets publics¹⁰⁰.

28. Pour ce qui est du monopole privé qui se substituerait au monopole public par le biais du BOT, on a observé qu'à la différence de la privatisation qui constitue un monopole privé à la place du monopole public, le BOT permettrait d'éviter cet écueil puisque l'Etat garde un rôle prépondérant dans sa mise en œuvre¹⁰¹. L'Etat peut notamment réguler l'ensemble du secteur de sorte à permettre, à tout le moins, une concurrence à l'intérieur dudit secteur¹⁰². La clause d'exclusivité éventuellement insérée dans le contrat en faveur des partenaires privés a pour fonction essentielle de protéger leurs possibilités d'obtenir progressivement le remboursement de leurs investissements pendant la durée de l'opération. Une telle clause, de durée limitée, semble avoir toujours été admise comme étant compatible avec les règles de la concurrence dès lors que la protection qu'elle octroie s'effectue par des mécanismes contractuels connus, c'est-à-dire transparents¹⁰³.
29. Plus encore, même si l'on considère l'opération de BOT comme une « privatisation temporaire »¹⁰⁴ – *quod non* –, encore faudrait-il s'entendre sur la nature, mieux, sur le degré de cette « privatisation ». Comme nous le verrons à la lumière d'une analyse approfondie des privatisations (Cf. n^{os} 98 et s. *infra*), le BOT – et partant les PPP – se distingue radicalement de la privatisation en ce que non seulement la décision de réaliser un projet public selon cette modalité garde un caractère public (même dans les hypothèses de projets d'initiative privée ou d'offres spontanées), mais également le partenaire public lui-même garde la haute main sur l'ensemble de l'opération ainsi que sur les biens qui y sont compris. Il semble en réalité qu'il faille plutôt constater que quelles que soient les modalités retenues en fin de compte, l'osmose entre les secteurs privé et public risque de

⁹⁸ J. Delmon, "Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...", Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 64-65 (c'est nous qui soulignons dans le texte).

⁹⁹ Pour une vue empirique de cette méthode, Cf. L. Qiao, S. Qing Wang, R. L. K. Tiong and T.-S. Chan, "Framework for critical factors of BOT projects in China", in The Journal of Project Finance, spring 2001, p. 53 et s.

¹⁰⁰ L'interrogation de certains auteurs revêt alors tout son sens car estiment ces derniers: "If the government can develop superior capacities necessary for contracting out, then why cannot it develop capacities necessary for internal delivery?": Cf. K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", in Public Administration Review, vol. 69, Issue 4, July/August 2009, p. 693.

¹⁰¹ Cf. en ce sens C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 233.

¹⁰² Un auteur a même proposé que, face à la puissance des multinationales qui en outre constituent les consortiums regroupant les partenaires privés, soit crée un système de régulation régional ou mondial capable de réguler les risques de monopoles ou d'abus de position dominante interrégionaux qui sont susceptibles de se présenter de plus en plus en raison de la mondialisation des échanges : Wendy N. Duong, "Revisiting the BOT structure in direct foreign investment transactions", Working paper n° 10-15, op. cit., p. 5.

¹⁰³ Cf. en ce sens C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 242.

¹⁰⁴ P. Guislain, *Les privatisations: un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1995, p. 25 ainsi que la note 18 référencée par l'auteur.

demeurer ambiguë : certains y verront des nationalisations silencieuses tandis que d'autres y stigmatiseront les privatisations rampantes¹⁰⁵, ce d'autant plus que dans ceux des projets BOT qui ont connu de sérieuses difficultés, c'est en général le partenaire public et les citoyens – et non pas les partenaires privés – qui ont assumé en dernier ressort le coût de l'échec du principe « gagnant-gagnant »¹⁰⁶. Le nœud du problème semble se situer dans la conception que l'on se fait de l'intérêt général¹⁰⁷, notamment la conception que s'en font ceux qui sont chargés de le défendre.

30. En définitive, les controverses et critiques sus-décrites résument pour l'essentiel l'éternelle question de l'équilibre entre l'intérêt général que sont censés protéger les Etats et l'intérêt des investisseurs privés, lesquels sont en droit d'attendre un retour sur leurs investissements. Le BOT apparaît alors comme un moyen de concilier cette opposition potentielle – et parfois réelle – d'intérêts entre ces partenaires car, rappelons-le, être partenaires ne veut pas dire devenir amis nécessairement, mais entreprendre des actions en commun, ou y prendre part. Les aspects juridiques de la mise en œuvre du BOT constituent dès lors son pivot central si l'on admet que le droit a également pour fonction de chercher une juste proportion entre des intérêts contradictoires¹⁰⁸. Bien plus, comme nous l'analyserons plus loin en détails, la caractéristique principale du BOT consiste en un transfert optimal de risques du secteur public au secteur privé. L'identification, l'analyse, la répartition et la maîtrise des risques sont par conséquent essentielles dans tout projet BOT. Il en résulte selon plusieurs auteurs qu'en général, le choix entre PPP et modes classiques de financement et de réalisation des projets publics repose non sur l'aptitude à réaliser concrètement les projets mais, essentiellement, sur la capacité de rédiger adéquatement les contrats qui permettront une telle réalisation¹⁰⁹. L'examen des aspects juridiques du BOT paraît en conséquence crucial pour la mise en œuvre de cette technique et constitue l'objet de cette étude qu'il convient alors de préciser.

31. Lever l'équivoque et éliminer l'approximatif pour révéler la nature authentique du concept de BOT constitue l'objet de cette étude. En effet, l'engouement entourant le concept du BOT¹¹⁰, ce que d'aucuns pourraient expliquer par l'attrait de la nouveauté¹¹¹

¹⁰⁵ En ce sens Cf. J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1994, p. 32-33.

¹⁰⁶ Cf. en ce sens M. M. Kumaraswamy and X. Q. Zhang, "Governmental role in BOT-led infrastructure development", op. cit., p. 197. Deux projets illustrent remarquablement selon ces auteurs un tel échec à savoir: le « Bangkok elevated transport system » (BETS) en Thaïlande ainsi que le « Tha Ngone bridge project » au Laos.

¹⁰⁷ Pour un examen approfondi de cette notion Cf. *infra* n° 1065 et s.

¹⁰⁸ C'est l'expression de la maxime *suum cuique tribuere*, Cf. M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975, p. 66. Pour Mme Pironon toutefois, cette fonction du droit fait qu'il se préoccupe peu du phénomène de la coopération : V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 1.

¹⁰⁹ Cf. en ce sens O. Hart, "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and application to public-private partnerships", in *The Economic Journal*, 113, March 2003, p. 75; *adde*: A. Navarro, "Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges", Discussion paper series n° 2005-01, Philippine Institute for Development Studies (PIDS), January 2005, p. 2: "This study postulates that some of the reasons for dwindling investors appetite are related to contract design and implementation. Contractual disputes between government and private proponents in most big BOT-type projects are manifestations of this". Comp avec M. Cooter selon qui: "The public contract manager must use the contract process as an essential tool of public policy implementation and yet be clear at all points that it is a means to an end and not an end in itself": Phillip J. Cooper, *Governing by contract : Challenges and opportunities for public managers*, op. cit., p. 13-14.

¹¹⁰ Cf. en ce sens L.D. Qiu and S. Wang, "BOT projects : Incentives and efficiency", in *Journal of Development Economics*, 94, 2011, p. 127-128 ainsi que les références citées ; *adde* : J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd edition, 2009, op. cit., p. 97 ; A. L. Shea and N. Voutchkov, "Large-Scale Seawater Desalination and Alternative Project Delivery", in *Design-Build DATELINE*, 2005, p.13-14 avec les tableaux reprenant les chiffres et différentes spécifications des projets BOT

et de l'exotisme, ne rend-t-il pas nécessaire la quête de sa nature véritable? On nous objectera, peut-être, qu'il n'est pas concevable d'examiner un instrument de la pratique alors même que celui-ci se caractérise par sa diversité et son adaptation aux caractéristiques de chaque projet. Le BOT semble en effet *a priori* difficilement réductible à un ensemble de critères identifiables et recouvre des formes si diversifiées qu'on a le plus grand mal à percevoir l'unité du concept. On a d'ailleurs pu affirmer que : « (...) *il serait hasardeux de parler d'un moule juridique uniforme dans lequel on pourrait couler le BOT, tant la pratique dénote des montages spécifiques en fonction de la nature du projet, du pays d'accueil et des partenaires en présence* »¹¹². De même a-t-on pu dire, au sujet de la pratique de la concession, qu'il paraît difficile d'obtenir de nos jours une sorte de schéma universel de principe en la matière, dès lors que les secteurs évoluent très rapidement et que les approches, modèles et moyens de fournir les services collectifs sont différents¹¹³.

32. La question est dès lors celle de savoir comment le droit peut saisir une pratique aussi variée. La première tentation est de dire que le droit n'a pas à s'en saisir : la présente étude serait alors inutile¹¹⁴. Pourtant, la fonction du droit semble également être de soutenir et d'organiser les régimes spéciaux « de facto » imaginés et mis en place par la pratique commerciale¹¹⁵. Il ne s'agit nullement ici d'occulter la diversité des formules ou d'enfermer dans des concepts rigides la technique du BOT, mais d'essayer d'en isoler les traits caractéristiques, d'en décrire les éléments constitutifs et de scruter les causes de sa construction¹¹⁶. Concrètement, nous tenterons de dégager l'unité de l'opération BOT sans

réalisés ou en cours dans le seul secteur du traitement des eaux durant ces dix dernières années de par le monde. Plus généralement, pour un aperçu des projets BOT réalisés ou en cours : Cf. J.-M. Loncle, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 945 ; P.-H. Ganem, « Financement de grands projets internationaux », in RDAI, 1997, n° 3, p. 413 et s. ; *Idem*, RDAI, 1997, n°4, p. 535 et s.

¹¹¹ Nouveauté toute relative comme semblent le démontrer certains auteurs qui estiment que ce concept serait plus ancien. Ainsi, pour M. Niveen Wahish qui cite le cas du Canal de Suez, « (...) *BOT contracts are often hailed as a handy modern innovation, but the concept goes back a long time. (...) What makes BOT concept shine like new is that for the last half-century, the government has been the sole provider of public services.* » : N. Wahish, « Re-inventing the wheel: BOT contracts are the reincarnation of concession contracts, but are they Egypt's ticket to development? » in Al-Ahram Weekly Online, 22-28 November 2001, Issue n° 561 disponible sur le site <http://www.ahram.org.eg/weekly/> consulté le 28 octobre 2011; *adde*: L.D. Qiu and S. Wang, « BOT projects : Incentives and efficiency », op. cit., p. 127 où les auteurs se réfèrent également au canal de Suez ainsi qu'au canal de Panama.

¹¹² R. Ergec, « De quelques aspects du « Built Operate and Transfer » », in M. Dony et A. de Walsche (coord.), *Mélanges en Hommage à Michel Walbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol.1, p. 77.

¹¹³ Cf. en ce sens R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », in RDAI, n° 3, 2005, p. 326. L'auteur ajoute cependant qu'il est possible d'identifier un ensemble de paramètres juridico-économiques communs, avec lesquels il convient de jouer et qui interagissent les uns sur les autres, pour fonder l'équilibre financier d'ensemble d'une concession de service public.

¹¹⁴ Sur la base de l'observation et d'une certaine expérience, le Doyen Geny avait fort justement souligné que l'élément purement conceptuel ne saurait intervenir qu'à titre d'expédient lorsque les problèmes juridiques doivent se résoudre par des raisons tirées des réalités éthiques ou économiques qui les conditionnent : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie (élaboration technique du droit positif), Paris, Sirey, 1921, p. 203-204.

¹¹⁵ Cf. en ce sens J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 236.

¹¹⁶ Cette démarche se rapproche par conséquent de ce que le Doyen Geny qualifiait de « technique juridique fondamentale », c'est-à-dire selon l'auteur « *cet effort qui, inhérent à la formation et à l'élaboration internes du droit positif, demeure l'œuvre propre du jurisconsulte ; il se traduit en ces mille involutions de l'interprétation juridique (lato sensu), qui tendent à assigner aux institutions des formes appropriées à leur objectif pratique, à les dépouiller d'une individualité décevante, à simplifier les complexités, à faire bon marché des nuances, pour permettre l'assimilation de la substance juridique par le corps social, faire pénétrer le fond des préceptes dans*

occulter la diversité des formes sous lesquelles elle peut être montée. Force est en effet de constater que la substance de la relation entre les partenaires à une telle opération n'est pas nécessairement affectée par la diversité des moules juridiques utilisés pour la matérialiser, de telle sorte qu'il serait trompeur de réduire l'opération BOT à la forme apparente (ou à la variante) qu'elle revêt. Monsieur le Professeur Pierre Van Ommeslaghe relève ainsi très justement que : « *La variabilité des éléments accidentels d'un concept n'est pas de nature à en altérer l'existence, dès lors que les éléments essentiels de celui-ci sont clairement dessinés* »¹¹⁷. Non seulement les éléments essentiels du concept de BOT nous paraissent clairement dessinés mais également la finalité d'une telle opération est partout la même à savoir la satisfaction, par un savant montage juridique et financier, de besoins économiques et sociaux d'intérêt collectif. Par conséquent, une telle construction ne peut véritablement se comprendre sous le seul prisme du droit et invite à une lecture sous différentes perspectives, notamment économique. Une telle manière de procéder est d'autant plus pertinente qu'on a pu affirmer que : « *La pratique du droit est devenue inséparable de l'économie même s'il n'est pas indispensable d'être un héritier spirituel de John Maynard Keynes pour constater un certain nombre d'évidences et de faits (...)* »¹¹⁸. Par ailleurs, on estime à juste titre que serait simpliste et fausse l'épistémologie qui réserverait le quantitatif à l'économiste et le qualitatif au juriste car « *Ce n'est pas le spécialiste qui fait la fonction, mais la pertinence sociale de la réponse. Et s'il faut que des hybridations se fassent, il serait irréaliste de s'y opposer au nom de compétences artificielles d'organismes régulateurs* »¹¹⁹. En effet, le concept de BOT offre au fond l'occasion d'une dialectique¹²⁰, d'une interaction féconde entre droit et économie que la seule approche juridique classique est inapte à éclairer. Nous pouvons ainsi affirmer avec Madame le Professeur Isabelle Riassetto que la rencontre de l'économie et du juridique sur le terrain de l'innovation financière est loin de manifester une tendance régressive du droit, mais constitue au contraire une source de son enrichissement¹²¹. L'intérêt réciproque que le droit et l'économie semblent se porter à cette époque contemporaine, grâce notamment à l'approche « *law and economics* », peut en effet permettre de saisir les rationalités et la dynamique du concept de BOT dès lors notamment que le marché y joue un rôle important.

33. « *Law and Economics* » ou encore « *Economic analysis of law* », expressions connues en français respectivement sous les traductions « droit et économie » (ou selon certains

le courant extérieur de la vie de l'humanité, et procurer la plus pleine réalisation du droit en conformité avec la nature des hommes et des choses » : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 30-31.

¹¹⁷ P. Van Ommeslaghe, préface à l'ouvrage de Mme Valérie Simonart, *La personnalité morale en droit privé comparé : unité du concept et ses applications pratiques : Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995 ; *adde* dans le même sens V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 40.

¹¹⁸ A. Brabant, *Les Marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre-mer*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 66. *Contra* : Mme Durviaux pour qui « *les juristes teintent leurs discours de considérations économiques et financières* » : A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB, vol. 33, 2006, p. 211 préc. n° 4.

¹¹⁹ Y. Chaput, « Crise du droit des affaires et/ou révolution du droit économique » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 13.

¹²⁰ Art de la discussion bien organisée (dans son sens classique), la dialectique tiendrait un rôle fondamental dans l'art juridique : Cf. M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, op. cit., p. 43.

¹²¹ I. Riassetto, *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, Thèse de doctorat, Université Robert Schuman – Strasbourg III, 1999, p. 24 ainsi que les références citées.

auteurs « économie du droit »¹²²) et « analyse économique du droit »¹²³, se présente comme une lecture du droit qui s'inspire de concepts économiques¹²⁴. Une telle lecture est l'objet des études du courant doctrinal américain « *economic analysis of law* » ou « *law and economics* », démarche qui se distingue toutefois de celle qu'adopte le droit économique tel qu'entendu traditionnellement dans la littérature juridique francophone, c'est-à-dire cette discipline regroupant les branches du droit régissant les activités économiques au sens plus classique¹²⁵.

34. L'idée de recourir aux concepts économiques pour mieux comprendre le droit n'est cependant pas nouvelle – elle remonterait à Machiavel, Hobbes et Locke ainsi qu'aux penseurs écossais du Siècle des lumières – mais le mouvement contemporain est d'origine américaine¹²⁶ (Cf. n^{os} 432 et s. *infra* pour une historique de « *law and economics* »). La publication en 1972 par le Professeur Richard A. Posner de la première édition de son ouvrage *Economic analysis of Law* est considérée comme une véritable percée du mouvement « *law and economics* », percée accompagnée par les facultés de droit les plus dynamiques¹²⁷ et portée par un véhicule nouveau qu'est le *Journal of Legal Studies* dont M. Posner est le premier rédacteur en chef¹²⁸. C'est bien plus tard que le mouvement « *law and economics* » a gagné d'autres pays : d'abord, au milieu des années 1970, l'Australie, le Canada, l'Angleterre et la Suède et puis après l'Europe continentale, notamment les pays de langue allemande¹²⁹.

¹²² Cf. sous ce titre, Th. Kirat, *L'économie du droit*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 1999 ; B. Leminnier, *Economie du droit*, Editions Cujas, coll. Théories économiques, Paris, 1991.

¹²³ Cf. notamment E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, Paris, Dalloz/Les éditions Thémis, 2^{ème} éd., 2008.

¹²⁴ Ibid. p. 6.

¹²⁵ V. en ce sens G. Farjat, « La notion de droit économique », in *Droit et économie*, APD, tome 37, Paris, Sirey, 1992, p. 31. Il s'agit alors, selon cet auteur, d'un droit de l'organisation de l'économie tandis que l'analyse économique du droit relèverait davantage de la « communication » entre les systèmes juridique et économique et non d'une branche véritable du système juridique (p. 32 et expression « communication » soulignée par l'auteur). Pour Mme M.-A. Frison-Roche et M. S. Bonfils, le droit économique est l'ensemble des notions et raisonnements propres par lesquels le droit intervient dans le fonctionnement collectif de l'économie : il constituerait avant tout une théorie de l'ajustement de la règle aux faits, par la considération directe de ceux-ci : M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, 2005, p. 2-4. Mme Frison-Roche ajoute par ailleurs que le droit économique n'est pas tant un corps de règles spécifiques qu'une façon spécifique de concevoir et d'appliquer des règles : M.-A. Frison-Roche, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 49 ; *adde* P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211 où l'auteur précise que le droit économique n'est en définitive qu'un ensemble de règles juridiques assez diverses qui ne trouve sa singularité que dans son objet et non dans la construction de cet objet.

¹²⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 7 ; *adde* : B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} éd., 2007, p. 495-498.

¹²⁷ M. Ferey note ainsi qu'à partir des années 1980, l'analyse économique du droit va se dégager de l'influence principale qu'exerçait l'école de Chicago : S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, éd. De Boeck Université, 2009, p. 13.

¹²⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 9-10. Ces auteurs estiment à près d'un millier le nombre d'articles parus dans la décennie qui a suivi cette percée du mouvement de l'analyse économique du droit. Pour une revue des revues ainsi que des articles relatifs à l'analyse économique du droit pour la seule année 1986, Cf. T. C. Daintith, « L'analyse économique du droit dans des revues britanniques et américaines de 1986 », in RIDE, 1987, vol. 2, p. 403-411.

¹²⁹ En ce sens, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 14-15.

35. Avant de poursuivre l'exposé des principales caractéristiques de ce courant intellectuel, une clarification de nature terminologique s'impose. Juristes et économistes s'accordent en effet sous les deux appellations distinctes, traditionnellement considérées comme interchangeables, que sont celles de « droit et économie » (« *law and economics* ») et celle d'« analyse économique du droit » (« *economic analysis of law* »)¹³⁰. Toutefois, ces deux appellations ne sont pas rigoureusement identiques et traduisent une différence de perspectives : tandis que la première paraît mettre les deux disciplines sur un pied d'égalité et ne contient aucune indication quant à la fonction dévolue à chacune d'entre elles, la seconde semble plus explicite, suggérant que c'est l'économie qui fournit la méthode d'analyse et que le droit est l'objet de l'étude auquel cette méthode est appliquée¹³¹. Cette dernière proposition semble emporter l'adhésion de plusieurs auteurs¹³² notamment parce qu'il s'agit en principe d'une systématisation théorique, à travers les outils et raisonnements économiques, de l'ensemble des institutions juridiques. Notre démarche ne s'inscrit cependant pas totalement dans cette logique, raison pour laquelle nous avons opté pour la terminologie « *law and economics* », ce pour au moins deux raisons : Tout d'abord, il s'agit d'une terminologie neutre qui nous semble refléter le fait que cette approche du droit doit rester incolore d'un point de vue politique ou idéologique¹³³. Ensuite, cette terminologie emporte notre préférence parce que nous tenons à marquer la complémentarité qui doit exister entre le droit et l'économie, ce qui ne ressort nullement des traductions françaises « analyse économique du droit » ou « économie du droit ». Nous sommes en effet d'avis que le spécialiste du droit ou de l'économie ne doit pas chercher à comprendre comment l'autre discipline peut être « vassalisée » en ne devenant qu'un outil pour penser des normes qui émanent soit de la logique juridique, soit de la logique économique¹³⁴. De plus, l'originalité de « *law and economics* » réside dans sa double appartenance disciplinaire : en direction du droit, il s'agit d'éclairer le raisonnement juridique par des considérations économiques tandis qu'en direction de l'économie, il est question de préciser l'importance de l'environnement institutionnel sur les performances économiques en termes d'allocation des ressources¹³⁵. Toutefois, par commodité de langage et pour des raisons pratiques évidentes – et pour cause, la quasi-totalité de la littérature francophone adopte les traductions en français précitées – les terminologies « analyse économique du droit » et « économie du droit » se

¹³⁰ Cf. en ce sens M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, vol. 1, 2007, p. 16 ainsi que toutes les références citées par l'auteur en note 85.

¹³¹ En ce sens Cf. B. Chapman, *Legal analysis of Economics : Solving the problem of rational commitment*, 79 Chi.-Kent L. Rev. 471, 471 (2004) cité par M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 16.

¹³² M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 16 ainsi que tous les auteurs cités en notes 88 à 90.

¹³³ Ce n'est certainement pas un hasard si l'ouvrage de référence des Professeurs Robert Cooter et Thomas Ulen demeure intitulé, « *Law and Economics* » (Prentice Hall, 6th ed., 2011).

¹³⁴ Cf. en ce sens E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in Etudes offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 173.

¹³⁵ Cf. en ce sens, S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 13 ; adde : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 591 où ces auteurs affirment que l'analyse économique du droit offre également aux économistes un outil pour appréhender le droit.

retrouveront dans cette étude mais devront être comprises comme traduisant le concept « *law and economics* » tel qu'explicité¹³⁶.

36. « *Law and economics* » se propose ainsi de remonter à la raison d'être des institutions juridiques, c'est-à-dire d'analyser la nature de la règle de droit et des fonctions qu'elle joue dans une économie complexe. Pour ce faire, elle a recours à des outils conceptuels essentiellement tirés de la théorie économique néo-classique ou marginaliste, c'est-à-dire accordant de l'importance à un mode de raisonnement dit à la marge¹³⁷. Ce courant est né au début des années 1870 des travaux du britannique Stanley Jevons, du français Léon Walras et de l'autrichien Carl Menger¹³⁸. On considère également qu'Alfred Marshall a eu un rôle significatif dans le développement des concepts et techniques « marginalistes »¹³⁹. Par opposition à la macroéconomie¹⁴⁰, le courant néo-classique s'attache à l'étude de la microéconomie, c'est-à-dire à l'analyse du comportement économique au niveau d'entités individuelles – on dit alors que l'analyse microéconomique procède d'un individualisme méthodologique¹⁴¹ – telles qu'un consommateur ou une entreprise, dans le but de trouver l'équilibre de marché¹⁴². En résumé, l'objet de la microéconomie repose essentiellement sur l'étude de l'affectation optimale d'une ressource donnée à des usages alternatifs ou concurrents¹⁴³.

37. La théorie néo-classique est fondée sur trois axiomes : tout d'abord, les agents économiques sont considérés comme des agents rationnels dont les préférences peuvent être identifiées et quantifiées ; ensuite, de tels agents tendent à maximiser leur utilité personnelle ; enfin, ces agents agissent indépendamment les uns des autres à partir de l'information dont ils disposent. Il en résulte que l'analyse microéconomique repose sur

¹³⁶ Mme Kloepper Pelèse dans sa thèse précitée fait le choix inverse et opte pour la seule expression « analyse économique du droit ».

¹³⁷ Ainsi par exemple, effectuer un choix d'action au regard du bénéfice supplémentaire que ce choix peut me procurer par rapport au coût supplémentaire qu'il engendre signifie choisir à la marge. Il s'agit pour MM. Krugman et Wells de décisions qui impliquent des choix en termes de « combien » – et non de « soit-soit » : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 37.

¹³⁸ En ce sens Cf. E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, 3^{ème} éd., La Découverte, Paris, 2008, p. 9.

¹³⁹ Ibid. (ce sont les auteurs qui soulignent dans le texte).

¹⁴⁰ La macroéconomie est l'approche théorique qui étudie l'économie à travers les relations existant entre les grands agrégats économiques (le revenu, l'investissement, la consommation, le taux de chômage, l'inflation...). Elle constitue dès lors un outil essentiel d'analyse des politiques économiques des Etats ou des organisations internationales : Cf. en ce sens, J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 16-17 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 40-41 ; adde : A. Asensio, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, op. cit., p. 97 et s.

¹⁴¹ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 5.

¹⁴² Pour MM. Krugman et Wells, une situation économique est en équilibre quand aucun individu ne pourrait améliorer sa situation en faisant quelque chose de différent : le concept d'équilibre revêt alors une grande importance lorsque l'on veut comprendre les interactions économiques, car il permet de passer outre les détails parfois complexes de telles interactions : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 45-46. Pour M. Asensio, trouver l'équilibre de marché consiste à trouver les prix et les revenus qui équilibrent l'offre et la demande sur le marché : A. Asensio, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 15 et s.

¹⁴³ La doctrine économique relève toutefois que la microéconomie et la macroéconomie ne sont rien de plus que deux façons d'appréhender la même réalité : la microéconomie étudie l'économie de bas en haut, la macroéconomie de haut en bas : J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 17.

l'idée fondamentale que l'être humain est un agent rationnel qui cherche à maximiser ses utilités dans tous les aspects de sa vie, et non pas uniquement dans le domaine des échanges marchands¹⁴⁴. Cette idée implique que l'homme réagit aux incitations¹⁴⁵, c'est-à-dire que dans des circonstances données l'homme changera son comportement si par ce changement il augmente ses satisfactions¹⁴⁶. De ce postulat, découle trois principes fondamentaux de l'analyse économique¹⁴⁷ à savoir d'une part, la relation inversement proportionnelle entre le prix fixé et la quantité demandée (c'est la classique loi de l'offre et de la demande), d'autre part, le coût d'opportunité qui contraint à des arbitrages – obtenir plus d'une chose implique d'en avoir moins d'une autre – à chaque fois qu'il faut choisir du fait de la rareté¹⁴⁸ et, enfin, la proposition selon laquelle les ressources auront tendance à s'orienter vers leurs usages les plus valorisés si un échange volontaire (par exemple par le biais du marché) est permis (Cf. *infra* n^{os} 439 à 442 pour une présentation plus détaillée de ces principes). Ces principes connaissent toutefois des correctifs et des compléments tels notamment le concept de marché, la notion d'optimalité, la théorie des coûts de transaction, la théorie de l'asymétrie d'information et la théorie des jeux dont l'examen détaillé (Cf. n^{os} 443 à 456 *infra*) s'avère très pertinent pour la présente étude.

38. A côté de ceux-ci, trois autres concepts dont deux de nature économique (l'efficience et l'efficacité) et un de nature juridique (l'effectivité) méritent d'être examinés dès à présent pour leur importance cruciale à la compréhension de l'étude, leur emploi y étant par ailleurs très fréquent. En effet, si certaines interférences ont été constatées entre ces trois concepts, on a dans le même temps souligné qu'ils ne sauraient se confondre¹⁴⁹. Ainsi tout d'abord de la notion d'efficience qui dans la littérature économique permet de mesurer le

¹⁴⁴ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, New York, Aspen Publishers, 2007, p. 4; *adde*: J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} édition, op. cit., p. 25 où ces auteurs précisent que l'économie va au-delà des échanges marchands et que les économistes tentent par ailleurs non seulement de prendre en compte des comportements irrationnels et altruistes, mais également consacrent des efforts à l'étude des interactions hors marché, allant des relations familiales aux conflits violents.

¹⁴⁵ Une incitation est tout ce qui procure une récompense (y compris les réductions de coût) aux individus qui modifient leur comportement : Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 39 ; *adde* : J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 8.

¹⁴⁶ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 39. Pour certains auteurs cependant, si l'on admet que, conformément à l'hypothèse de rationalité, l'application d'une règle par l'agent est médiatisée par un processus rationnel visant à maximiser l'utilité individuelle étant données ses préférences, ses contraintes économiques et les contraintes juridiques de l'environnement dans lequel il agit, force est d'admettre également que la norme n'est pas uniquement modélisée comme une contrainte – un prix exogène implicite. De plus en plus de travaux chercheraient en effet à enrichir cette représentation initiale, car les normes de droit contribuent à dessiner l'environnement informationnel dans lequel sont plongés les agents : S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 14 ; *adde* : E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 6 où ces auteurs affirment en effet que d'autres ingrédients que les individus et leurs motivations sont nécessaires pour disposer d'une théorie qui aille au-delà de la constatation triviale que tout peut arriver : doivent ainsi être prises en compte les règles ou les formes d'organisation sociale.

¹⁴⁷ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 4. Pour Posner en effet : “The concept of a man as a rational maximizer implies that people respond to incentives – that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so. From this proposition derive the three fundamental principles of economics”.

¹⁴⁸ Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 7. Pour ces auteurs, dès que l'on fait intervenir le temps (et pas seulement les ressources matérielles ou financières), on se rend compte que la rareté est une réalité à laquelle tout le monde est soumis.

¹⁴⁹ En ce sens Cf. G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, p. 30.

bien-être lié à une mutation sociale donnée et correspond par ailleurs à la notion d'optimalité¹⁵⁰ (examinée *infra* n^{os} 445 à 447). Il s'agit d'une notion qui, comme nous le verrons plus loin, ne fait pas l'unanimité chez les économistes¹⁵¹. En droit, on a estimé qu'une solution consacrée par le droit sera qualifiée d'efficace lorsque les institutions juridiques atteignent leur but tout en minimisant leur coût social, c'est-à-dire qu'elles sont en quelque sorte en adéquation avec les sciences économiques¹⁵². Dans le cadre de politiques et projets publics, on estime toutefois que l'usage de l'« efficacité » doit se faire avec prudence et que celle-ci ne peut constituer le seul critère de décision¹⁵³, car la poursuite de l'efficacité peut avoir des résultats pervers¹⁵⁴. Ensuite de la notion d'efficacité qui, relève-t-on, ne connaît pas encore de définition dans le vocabulaire juridique français alors même qu'elle pénètre progressivement la pensée juridique (francophone)¹⁵⁵. Sur le plan des analyses économiques, nous verrons, lors de l'examen de la théorie des coûts de transaction, que le théorème de Coase énonce deux thèses fondamentales pour l'analyse économique du droit dont celle de l'efficacité. Sur le plan juridique, l'« efficacité de la règle de droit » correspond à sa propension à atteindre l'effet souhaité par l'autorité chargée de la création du droit¹⁵⁶. Enfin, la notion d'effectivité renvoie à l'aptitude d'une règle juridique à être appliquée et suggère, quelle que soit la définition retenue, une comparaison entre un modèle normatif de conduite et les conduites réelles de ses destinataires¹⁵⁷. Pour le Doyen Carbonnier au demeurant, l'effectivité est une dimension sociologique de la règle de droit, une telle règle séparée de son application effective n'étant alors qu'une forme vide¹⁵⁸. Dans le cadre d'un projet public, l'effectivité se traduira par une évaluation du degré de qualité ou de performance des services requis par l'accord entre partenaires¹⁵⁹.

¹⁵⁰ Pour M. Gomez par exemple, la pertinence théorique et pratique de ce théorème fondamental de l'économie du bien-être demeure d'actualité, malgré la crise économique et financière actuelle et l'ébranlement de la confiance dans les marchés qui s'en est suivie – notamment les marchés financiers autrefois considérés comme quasi-parfaits : F. Gomez, « Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks » in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 23. Comp. avec M. Villey pour qui l'homme juste vise « à ce que soit réalisé dans une communauté sociale le bon partage des biens et des charges » : M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, op. cit., p. 64.

¹⁵¹ Pour une présentation synthétique des thèses en présence : Cf. M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 18 ainsi que le titre préliminaire du chapitre 2 ; *adde* : G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 26-28.

¹⁵² En ce sens G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 27 ainsi que la référence à J. Généreux citée par l'auteur.

¹⁵³ Phillip J. Cooper, *Governing by contract: Challenges and opportunities for public managers*, op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁴ J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, 2nd édition, 2009, op. cit., p. 12 où l'auteur affirme par exemple que : « The grantor will need to insure that the operating costs are not reduced to the detriment of project's quality of service, or its long-term interests ».

¹⁵⁵ En ce sens G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 29.

¹⁵⁶ Ph. Conte, « “Effectivité”, “inefficacité”, “sous-effectivité”, “surefficacité”... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle*, Mélanges en l'honneur de Pierre Catala, Litec, 2001, p. 125 et s. spéc. n^o 7 cité par G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 29 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

¹⁵⁷ G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 28 ainsi que les références citées.

¹⁵⁸ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 1992, p. 289.

¹⁵⁹ Cf. en ce sens Phillip J. Cooper, *Governing by contract: Challenges and opportunities for public managers*, op. cit., p. 6.

39. Dès que les outils économiques ont été apprivoisés, l'analyse économique du droit offre au juriste de multiples intérêts dont notamment le fait qu'elle lui fournit une méthode lui permettant de s'interroger sur les rationalités des institutions juridiques et sur leur fonctionnement et, le cas échéant, de les repenser (Cf. n^{os} 462 à 473 *infra* sur la méthode de l'analyse économique du droit). Globalement, l'analyse économique du droit présente une triple dimension à savoir une dimension normative, une dimension prédictive et enfin une dimension explicative¹⁶⁰. Si des aspects normatifs¹⁶¹ et prédictifs se retrouveront ça et là dans le cours de nos développements, c'est toutefois la dimension explicative de « *law and economics* » qui nous intéresse au premier chef pour assurer une bonne compréhension du concept de BOT. En effet, quoique présentant des limites comme nous le verrons par la suite, la dimension explicative de « *law and economics* » tient principalement au fait que les économistes attribuent un pouvoir explicatif indéniable aux sciences économiques¹⁶². La théorie économique semble par conséquent avoir une fonction justificatrice des institutions juridiques dès lors que l'on pose l'hypothèse suivant laquelle ces institutions traduisent certaines lois économiques¹⁶³. Une telle démarche ne peut qu'enrichir la réflexion sur le système juridique en général et sur le concept de BOT en particulier. En effet, le concept de BOT repose sur une logique économique sous-jacente indéniable que tend à mettre en œuvre la coopération entre partenaires public et privés. La dimension explicative de « *law and economics* » trouve ainsi tout son intérêt car elle nous permet de proposer le dépassement d'une vision floue et approximative de cette technique pour en découvrir les fondements et en établir l'unité¹⁶⁴.

40. Création de la pratique, le concept de BOT connaît aujourd'hui une maturité¹⁶⁵ et une stabilité suffisantes de sorte que nous puissions en effet tenter d'en présenter l'originalité¹⁶⁶ et l'unité. En conséquence, nous nous proposons d'examiner, grâce à

¹⁶⁰ Pour une présentation synthétique de l'ensemble de ces dimensions, Cf. G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 23-26 ; *adde* : M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 19-22.

¹⁶¹ On relève toutefois que l'utilisation normative de l'analyse économique du droit est sujette à caution : Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 600.

¹⁶² Cf. notamment B. Deffains, *L'analyse économique de la responsabilité du producteur en cas d'accidents provoqués par son produit*, Thèse Dactyl., Nancy 2, Sciences économiques, 1991, p. 19 cité par G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 26.

¹⁶³ Ainsi le juriste belge Mertens de Wilmars affirmait déjà que : « *[b] on nombre des institutions juridiques classiques, tels l'usufruit, l'accession ou la clause de réserve du droit de propriété ne sont rien d'autre qu'une réglementation de relations économiques subtiles. Toutefois, elles sont si profondément ancrées dans le droit positif que nous ne les percevons que comme des concepts juridiques, sans nous rendre compte de leur signification économique [...]* » : M. de Wilmars 1972, 285 traduit et cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁴ On a pu en effet affirmer que : « *Lack of an agreed categorization methodology has created confusion and limited the ability to cross-fertilize, learning lessons from different regions and sectors who use different terminology, making it difficult to know, without in-depth analysis, if the structures being used are similar or not* » : J. Delmon, « Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees : BOT, DBFO, DCMF, concession, lease... », Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 5.

¹⁶⁵ *Contra* cependant : L. A. Malinasky qui affirme que : « *[...] the value and utility of BOT remains unknown. Since BOT developed as a type of project financing in the mid-1980s, scant history is available for consideration. [...] In fact, the relative immaturity of the instrument could improve its ability to adapt to new situations* » : L. A. Malinasky, « Rebuilding with broken tools: Build-Operate-Transfer law in Vietnam », in Berkeley J. of Int. Law, vol. 14, 1996, p. 460.

¹⁶⁶ Remarquons que ce qui est original n'est pas forcément nouveau. L'originalité ici est discutée par certains auteurs. Pour M. Ganem par exemple, les juristes français peuvent appréhender ce concept comme étant peu différent dans sa structure d'un montage en concession avec un retour final des installations à l'autorité

certaines outils économiques – c’est-à-dire à la lumière de « *law and economics* » tel que prédécrit – cet instrument de coopération économique pour le découvrir, le comprendre et l’expliquer, et tenter d’en déduire un ensemble cohérent de règles qui en fixent les contours et le contenu. Contribuer *in fine* à dégager un statut du BOT participe également de nos motivations. Il s’agira, partant, d’apprécier l’interchangeabilité entre le public et le privé et de définir en conséquence des règles de choix et des mécanismes de coopération et d’échange entre ces deux sphères.

41. Notre ambition est aussi d’offrir aux Etats et à leurs gouvernements – notamment ceux qui manquent cruellement d’investissements dans le domaine des biens et services collectifs – aux praticiens, promoteurs, investisseurs et, plus modestement, aux juristes, une vue – si pas originale – au moins globale et cohérente du BOT¹⁶⁷. Cette ambition serait atteinte si la présente étude pouvait, notamment dans ces parties du monde où les systèmes juridiques sont en plein chantier, inspirer, alimenter et susciter débats et controverses dans une matière technique et parfois complexe. Il nous semble qu’il y a fort à gagner, à côté des traditions propres à chaque pays, à s’inspirer de solutions dégagées par la pratique du BOT dans différents systèmes juridiques contemporains et à s’appuyer sur des méthodes éprouvées empiriquement pour construire un système original adapté à un environnement local mais ouvert sur le monde, notamment dans un contexte économique et social de plus en plus interconnecté et interdépendant.
42. Afin de mieux cerner le concept de BOT, nous procéderons à un examen aussi systématique que possible des études théoriques et empiriques et autres sources pratiques pertinentes y relatives. En outre, plusieurs concepts et notions devront être examinés sous une perspective historique¹⁶⁸ de sorte à éclairer leur évolution et en permettre une meilleure compréhension contemporaine. Une telle démarche systématique peut parfois laisser l’impression de faire participer le lecteur aux péripéties de nos recherches, ce qui serait confondre la gestation et le fruit. Toutefois, le souci de clarté qui nous anime implique parfois une certaine exhaustivité, ce qui tout en renforçant les perspectives intéressantes qu’offre le sujet n’en contribue pas moins à ses difficultés dans la mesure où des choix s’imposent.
43. **L’étude du concept de BOT offre des perspectives intéressantes** : l’enjeu de l’étude du BOT, technique qui suscite de plus en plus d’intérêt¹⁶⁹, est d’ampleur aussi bien théorique que pratique. On a très justement souligné qu’ « *Il est courant de tracer un fossé profond entre les théoriciens du droit et les praticiens. (...) Il faut en finir avec ce combat*

concedante qui s’inscrirait dans le cadre d’un financement de projet : P.-H. Ganem, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux – Grands projets : mines/énergie/métallurgie/infrastructures*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 731 ; *adde* : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l’UE et Outre-mer*, tome II op. cit., p. 237 pour qui ce concept pourrait s’appliquer à certains types de « concession » selon le modèle « latin ».

¹⁶⁷ Le Doyen Geny remarquait en effet que la construction juridique par concepts en procurant une « économie de la pensée » facilite la déduction et l’enchaînement des règles tout en permettant de présenter harmonieusement un ensemble de solutions, qui, laissées à l’état de réalités brutes, paraîtraient simplement juxtaposées, voire dépourvues de toute cohérence : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 196.

¹⁶⁸ Pour Schleiermacher par exemple, « *Toute étude approfondie est historique et commence par le début* » : Schleiermacher cité par B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l’interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 19.

¹⁶⁹ Pour une illustration d’un tel intérêt, V. note 110 *supra* ; *adde* : J. Delmon, “Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees : BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...”, Policy Research Working Paper 5173, op. cit., dans lequel l’auteur classifie un certain nombre de projets PPP.

d'infirmer. La règle de droit est la règle de notre vie. Qui veut donc la tracer et l'étudier, sans en connaître les multiples incidences dans la vie de tous les jours est un mauvais juriste. Mais qui prétend appliquer aux difficultés quotidiennes une règle dont il ignore l'origine, le fondement et souvent même le contenu n'est pas moins nuisible. Théorie et pratique ne font qu'un. Prétendre les dissocier est une absurdité »¹⁷⁰. Bien plus, le Doyen Geny soulignait déjà que si l'action doit aider à la connaissance, il n'est pas moins certain que, par réciprocité, la connaissance vient accroître le rayonnement de l'action¹⁷¹.

44. Sur le plan théorique, l'équivoque et le flou dominant quant à ce qu'est la nature véritable du concept de BOT. En réalité se pose la question de la juste qualification de ce concept. Pour M. Papaux en effet, un des problèmes fondamentaux concernant toutes les sciences contemporaines est « *la catégorisation du réel, réciproquement la qualification à savoir l'opération par laquelle une occurrence se trouve classée sous un type, un cas sous une loi* »¹⁷². La qualification se distingue ainsi de la subsumption – à laquelle elle est souvent ramenée par abus¹⁷³ – qui est une opération de classement d'une espèce *sous* un genre et qui se veut exclusivement analytique et verticale¹⁷⁴. Cette dernière serait à ce point formelle qu'on a estimé qu'elle n'explique pas *comment* elle parvient à surmonter la double hétérogénéité que doit affronter toute opération de qualification à savoir l'hétérogénéité entre le cas et la loi ainsi que l'hétérogénéité dans la texture de la même catégorie¹⁷⁵. Pour ce qui est du BOT, pratique établie et certes variée, sa substance, indéniable au demeurant, permet selon nous qu'elle soit saisie par une qualification qui en révèle l'originalité et l'unité, ce qui n'est actuellement pas le cas. Cette lacune conforte notre investigation dont le but est de tirer le concept de BOT du flou et des sentiments qui l'entourent. Ainsi par exemple, M. Cossalter affirme que : « *concernant le même BOT, l'ONUDI notait, pour justifier la nouveauté du modèle par rapport au système concessif, faisant preuve à la fois d'une manifeste méconnaissance du système français et d'une évidente mauvaise foi que « contrairement [à l'ancien modèle de la concession] dans un projet BOT bien structuré, le gouvernement hôte décide des besoins et des objectifs du projet, requiert que la conception, l'exploitation et la maintenance du projet soit adaptée aux objectifs du pays et sélectionne le partenaire privé par des moyens appropriés* »... tandis que par la « *vieille concession* » au partenaire privé est normalement accordée la

¹⁷⁰ H., L., J. Mazeaud par F. Chabas (éd.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 12^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 29-30, préc. n° 10 et 10-1 ; *adde* dans le même sens : B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 28.

¹⁷¹ F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 205.

¹⁷² A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction – L'exemple du droit international privé*, Lausanne/Paris/Bruxelles, Schulthess/LGDJ/Bruylant, 2002, p. 7. L'auteur précise que la pensée contemporaine conduit les démarches de catégorisation et de qualification selon le critère de la *fonction* et non plus de la *structure* (c'est l'auteur qui souligne toutes les expressions) ; *adde* plus généralement sur la qualification : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 123 et s. où l'auteur parle de « catégories réelles » ; D. Labetoulle, « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », in *Revue française de théorie juridique*, n° 18, 1993, p. 31 et s. ; P. Terneyre, « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », in *Petites Affiches*, n° 23, fév. 2000, p. 39 et s. ; J.-J. Barbiéri, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Revue des contrats*, n° 2, avr. 2006, p. 621 et s.

¹⁷³ Cf. en ce sens F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 191.

¹⁷⁴ En ce sens Cf. A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction – L'exemple du droit international privé*, op. cit., p. 10 (c'est l'auteur qui souligne le mot *sous*)

¹⁷⁵ Ibid. (le mot *comment* est souligné par l'auteur).

libre utilisation du projet sans véritable contrôle du gouvernement »¹⁷⁶. Cette affirmation – qui interroge les prémisses et la qualité scientifique de l'étude de l'ONUDI – justifie à elle seule et très amplement l'intérêt d'une étude théorique approfondie du concept de BOT.

45. Par ailleurs, nos recherches nous ont permis de constater que les quelques études générales consacrées au concept de BOT dans la littérature francophone tendent à l'assimiler à la concession – et plus généralement à une délégation de mission publique. Ainsi, dans son ouvrage précité intitulé « La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT », M. Bettinger semble tout d'abord opposer le BOT aux PPP¹⁷⁷ et affirme ensuite que le BOT est une « *transposition en vocabulaire anglais de la concession, puisque « BOT » correspond aux trois étapes du système de la concession* »¹⁷⁸. Même si l'auteur apporte quelques nuances à sa position en concédant que, s'il y a une même appréhension du système derrière des sigles différents, certaines spécificités sont conservées qu'il s'agisse de concession ou de BOT¹⁷⁹, une telle position manque manifestement de cohérence. De plus, dans une thèse de doctorat en droit intitulée « Le contrat de concession de service public ou B.O.T. en droits français et égyptien – Etude comparée de l'évolution contemporaine », M. Helmy Khater assimile d'emblée le BOT à la concession et indique en conséquence que son étude porte sur le « contrat de concession BOT »¹⁸⁰. Pour M. Jaidane, « *Il existe plusieurs types de concession. Le plus couramment employé est le BOT (Build, Operate, Transfer : construire, exploiter, transférer) (...)* »¹⁸¹. M. Cossalter constate pour sa part que, pour de nombreux auteurs, le BOT n'est qu'une forme de concession saisie par des concepts anglo-saxons¹⁸². Dans un style plus technique, un autre auteur a affirmé que : « *A propos des relations entre le BOT et la concession, il faut souligner qu'il existe une opposition plus ou moins irréfléchie. Dès lors que le BOT intervient dans le cadre d'un service public, on rencontre nécessairement le BOT et la concession. Le BOT correspond à une logique de structuration de projet et la concession à une approche instrumentale correspondant à un outil indispensable* »¹⁸³. On a alors ajouté que « *Il a pu apparaître que la seule concession ne suffisait pas à définir la réalité de ces « montages contractuels complexes » où sont juxtaposés des contrats de nature juridique différente, associant droit public et droit privé, soumis à des législations différentes, etc.* »¹⁸⁴. Pour M. du Marais par contre, le

¹⁷⁶ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2007, p. 1, préc. note 7 ainsi que la référence à l'ONUDI citée.

¹⁷⁷ L'auteur affirme ainsi que : « *Il est nécessaire de laisser au système de concession-BOT sa logique d'action contractuelle aux risques et périls de l'opérateur (fût-elle atténuée) pour éviter de la transformer en un simple partenariat public-privé qui ne survivrait que par l'assistance des pouvoirs publics* » : C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 238.

¹⁷⁸ C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 97 où l'auteur souligne que pour la Banque mondiale – dont il cite le rapport d'août 1990 – le BOT serait une notion équivalente à la concession.

¹⁷⁹ Ibid. p. 94.

¹⁸⁰ C. Y. Helmy Khater, *Le contrat de concession de service public ou B.O.T. en droits français et égyptien – Etude comparée de l'évolution contemporaine*, Thèse de doctorat en droit public de l'Université de Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2004, p. 55.

¹⁸¹ R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », in RDAI, n° 3, 2005, p. 292.

¹⁸² P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 1, préc. note 6 ainsi que les références citées.

¹⁸³ D. Lamethe, « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement », in JDI, vol. 1, 1998, p. 47.

¹⁸⁴ O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », in RDAI, n° 8, 2001, p. 926 ainsi que la référence à P. Terneyre citée. Pour M. Lambie, c'est certainement pour tenir compte d'une telle complexité que la terminologie utilisée par la pratique anglo-

BOT peut désigner « deux contrats très distincts en droit français : autant une concession – si la rémunération provient de l’usager – qu’un METP [marché d’entreprise de travaux publics] – si elle provient d’un prix versé par la collectivité »¹⁸⁵.

46. D’un autre côté, l’essentiel des études réalisées en langue anglaise, souvent destinées aux professionnels, aborde le sujet sous un angle par trop pratique et parfois sous sa seule dimension internationale¹⁸⁶. De nombreuses questions qui pourraient être intéressantes au niveau national sont ainsi laissées intactes. De plus, une large part de la littérature en anglais sur le BOT, comme il sera constaté dans le cours de l’étude, est l’œuvre d’ingénieurs et d’économistes, les juristes ayant comme déserté l’arène du BOT¹⁸⁷. Aussi, des recherches consacrées exclusivement au BOT et orientées principalement vers les problèmes de droit qu’il soulève paraissent nécessaires et utiles. A cet effet, aux orientations pratiques connues, il convient d’apporter les précisions et les éclaircissements juridiques requis. Il s’agira en effet de suivre le précepte de Madame le Professeur Isabelle Riassetto et ainsi de « progresser du connu envers l’inconnu »¹⁸⁸.
47. Si l’on admet en effet, comme il sera démontré, que le BOT est issu du croisement du modèle concessif et du modèle *project financing*, le résultat de ce croisement, en particulier dans les pays asiatiques, est tel qu’il est devenu difficile de faire la part de ce qu’il doit à l’une ou l’autre famille conceptuelle¹⁸⁹. C’est ce qui en fait d’ailleurs selon nous l’originalité et l’unité, fil rouge de cette étude. Nous essaierons par conséquent de tirer de la conjonction de deux cultures juridiques réputées antagonistes¹⁹⁰ – d’une part le

américaine des financements de projets s’est imposée au détriment du seul concept de concession, avec les structures contractuelles de type BOT ou BTO.

¹⁸⁵ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, p. 419.

¹⁸⁶ V. notamment C. Walker and A. Smith, *Privatized infrastructure: The BOT approach*, London, Thomas Telford Publishings, 1995; Sidney M. Levy, *BOT: paving the way for tomorrow’s infrastructure*, New York, John Wiley & Sons, 1996.

¹⁸⁷ Cette désertion pourrait conforter les études économiques qui tendent à démontrer que les pays ayant plus de juristes que d’ingénieurs ont une croissance économique plus lente : Cf. en ce sens A. Shleifer and R. W. Vishny, *The grabbing hand. Government pathologies and their cures*, op. cit., p. 56- 80 ainsi que l’étude de Magee, Brock et Young (1989) citée par ces auteurs. Pour ces auteurs en substance (p. 76) : “*The positive direct effect of engineers and the negative direct effect of lawyers are consistent with our theory, which says that the rate of technological progress is determined by the allocation of talent*”; adde dans le même sens: D. Moyo, *How the West was lost. Fifty years of economic folly– and the stark choices ahead*, op. cit., p. 87 où l’auteur relève que: “*(...) there is a widely held view that there is an important, positive and strong link between the production of scientists, technicians and engineers in a country and its level of economic growth and development*”. Pour démontrer l’impact négatif sur l’économie américaine de choix sociaux et structurels inadéquats, l’auteur révèle alors (p. 85) que: “*(...) According to a 2009 Forbes article, the US prefers lawyers over engineers by 41:1!*”. Contra cependant: H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit., p. 291 où l’auteur affirme qu’il est erroné de penser que le choix d’un mode de production est un problème technique que seuls des techniciens ou des ingénieurs peuvent résoudre et qui n’aurait rien à voir avec des problèmes politiques ou juridiques, comme l’organisation des droits de propriété.

¹⁸⁸ I. Riassetto, *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, op. cit., p. 335 et 531 ; adde pour une proposition d’une démarche similaire : A. Papaux, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l’abduction – L’exemple du droit international privé*, op. cit., 13 où l’auteur affirme que le privatiste doit de manière exemplaire « retrouver du connu dans l’inconnu en vue de l’accueillir, tout en rendant commensurable l’occurrence au type, le singulier au général (...) ».

¹⁸⁹ J. Delmon a ainsi par exemple pu affirmer que: “*Even the French terms like “concession” and “affermage” defined over the centuries by French administrative law have lost their strict meaning outside of France*”: J. Delmon, “Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...”, Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 11.

¹⁹⁰ Sur cet antagonisme réel et supposé, Cf. J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », in R.I.D.C., 1995, n° 2, p. 403-412 ; adde :

droit anglo-saxon dont est issue la technique du *project financing* et une certaine construction pratique du BOT et, d'autre part, le droit d'inspiration romano-germanique duquel est issu le modèle concessif – un concept théorique (et pratique en même temps) applicable au BOT. Les éléments d'unité seront à cet effet privilégiés sur les particularismes. Création de la pratique, le BOT pourrait ainsi être saisi par le droit.

48. En effet, comme le rappelait déjà M. Cabrillac, « *Ces créations offrent au juriste l'occasion de se livrer au subtil plaisir de la qualification et l'amènent à reconnaître l'existence de nombreux contrats sui generis qui vivent de la seule sève de la théorie générale à l'abri de réglementations parcellaires et étouffantes* »¹⁹¹. En raison de ces « réglementations parcellaires et étouffantes », on remarque que de nos jours dans les pays de droit romano-germanique notamment, les négociateurs « d'ensembles contractuels » sont astreints à des efforts d'imagination considérables pour adapter leurs conventions à la « *pérennité formelle des textes du Titre III du Livre III du Code civil* »¹⁹². Or, rappelle-t-on, « *Le Code civil était œuvre de praticiens du droit, synthèse de génie de plusieurs siècles de jurisprudence et d'expérience : la rigidité qui lui est souvent attribuée est en réalité imputable à la dévotion que lui ont manifesté des générations de juristes français, contre l'attente de ses auteurs* »¹⁹³. En même temps toutefois, l'on a souligné que même s'ils disposent de codes plus « modernes », les juristes américains, allemands, hollandais et suisses, souvent très proches des réalités économiques, tournent la difficulté en s'efforçant de tout prévoir dans des clauses minutieuses¹⁹⁴.

49. L'exercice de qualification du BOT paraît donc avoir quelque pertinence¹⁹⁵. En effet, appréhendé comme un instrument¹⁹⁶ de coopération¹⁹⁷ entre les secteurs public et privé, le

Francis W. Neate, "Civil Law and Common Law : Rendez-vous in Eurotunnel", op. cit., p. 3-5 ; J. Naslin, "A completely new legal experience" in IBL, January, 1996, p. 8-10 ; P. Nouel, « 'Cartesian pragmatism' : looking for common principles in French and English Law », in IBL, January 1996, p. 22-25. Selon M. Pfersmann, il s'agit d'un antagonisme politique en ce sens que les uns comme les autres désirent élargir la zone d'influence du système qui leur est cher et craignent une réduction de l'attraction et de l'influence de leur système préféré ; en vantant chacun son système, ceux-ci se comportent alors comme des acteurs économiques qui cherche à vendre un produit : O. Pfersmann, « Qu'entend-on exactement par l'expression 'concurrences des systèmes juridiques' », in RRJ, 2008-5, n° spécial consacré à *L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, p. 2595-2596. Pour M. Mercadal cependant, il est constant de souligner les différences qui séparent ces deux cultures juridiques plutôt que les ressemblances qui les rapprochent : B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », in D.P.C.I., 1984, tome 10, n° 3, p. 320 ; *adde* : Observations finales, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 413 où l'on a relevé que les systèmes français et anglais sont très proches, même s'ils sont différents, notamment parce que le contrat remplit des fonctions identiques dans ces sociétés parvenues à un degré d'industrialisation semblable et aux structures économiques voisines.

¹⁹¹ M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à G. Marty*, Université de Toulouse, 1978, n° 19, p. 248.

¹⁹² A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'UE et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 128. L'auteur précise que cette expression de René Savatier a été citée par M. Bruno Oppetit in « L'arbitrage et les parties », Rev. Arbitr., 1988, n° 3, p. 553.

¹⁹³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Quadrige/PUF, 2ème éd., 2007, p. 78.

¹⁹⁴ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'UE et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 128. Selon cet auteur, l'intention des rédacteurs serait alors de pallier les lacunes, réelles ou supposées du droit applicable au contrat.

¹⁹⁵ Le Doyen Geny affirme en effet qu'une stricte « catégorisation » n'est pas indispensable pour reconnaître efficacité juridique aux réalités sociales qui en semblent dignes : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 125.

¹⁹⁶ En raison notamment du caractère hybride du BOT, comme nous le verrons, le terme instrument nous paraît seoir en l'espèce tant par sa généralité que par sa dimension finaliste (objet servant à obtenir un résultat).

BOT pourrait passer d'un état de fait à un état de droit. Le Doyen Geny affirme en effet que la forme vraiment caractéristique de la procédure intellectuelle appliquée aux choses du droit, consiste à isoler, par un effort d'abstraction, les concepts qui semblent dominer les réalités juridiques, puis, les envisageant eux-mêmes, à les analyser, les modifier, les agencer et les combiner de sorte à en créer des entités indépendantes, capables toutefois de régir les faits de la vie sociale par la vertu de l'idée qui les anime¹⁹⁷. Toutefois, on estime que la notion de (contrat de) coopération est inapte à produire une catégorie autonome, car elle embrasserait un ensemble disparate de contrats conclus et exécutés dans l'intérêt commun des parties¹⁹⁹. La coopération ne répondrait ainsi à aucune réalité juridique précise, n'étant que la réunion de forces vives portées par le désir de travailler ensemble²⁰⁰. Or, on a fort justement relevé qu'il n'est pas opportun de rejeter l'ensemble des manifestations du contrat sous le prétexte qu'elles n'entreraient pas dans une catégorie juridique déterminée telle que définie par la doctrine traditionnelle car, le contrat paraît plus affaire d'interprétation que d'observation²⁰¹. A propos de catégories justement, les droits nationaux semblent très largement ignorer la notion de contrat à long terme et ne connaissent que les contrats à exécution instantanée ou successive, à durée déterminée ou indéterminée²⁰².

50. Le recours à la coopération²⁰³, concept souple et flexible, est susceptible de permettre aux partenaires de répondre aux spécificités de leur projet et au juge ou à l'arbitre, en cas de conflit, de concilier aisément les intérêts des parties²⁰⁴. A l'appui d'une telle démarche,

¹⁹⁷ Sur la notion et la pratique des contrats de coopération, Cf. notamment : A. Jacquemin et B. Remiche (dir.), *Coopération entre entreprises, entreprises conjointes, stratégies industrielles et pouvoirs publics*, Bruxelles, De Boeck Université, 1988 ; M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy S.A., 1989 ; J. Touscoz, *Droit international*, Paris, PUF Thémis, 1993, p. 327 et s. ; B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », in D.P.C.I., 1984, p. 319 et s., A. Previsani, « Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération », in D.P.C.I., 1984, p. 337 et s. ; M. Dubisson, « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », in D.P.C.I., 1984, p. 297 et s. ; G. Morin, « Le devoir de coopération dans les contrats internationaux », in D.P.C.I., 1980, p. 6 et s. ; F. Diesse, « Le devoir de coopération dans le contrat », Thèse de doctorat, Université de Lille II, 1998 ; *Idem* : « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », in RDAI, n° 7, 1999, p. 737 et s. ; *Idem* : « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », in *Le droit et l'immatériel*, APD, tome 43, Paris, Sirey, 1999, p. 259 et s.

¹⁹⁸ F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 191.

¹⁹⁹ Cf. en ce sens V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 71-72.

²⁰⁰ Ch.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 11. *Contra* : M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, op. cit., p. 5 et s. ; *adde* dans le même sens : B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », op. cit., p. 319 et s., préc. p. 336.

²⁰¹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 627 ainsi que la référence à G. Rouhette citée ; *adde* le Doyen Geny qui relevait déjà qu'au lieu des catégories nettement spécifiques, de contrats ou de pactes, qu'offrait jadis le droit romain, il n'y aurait plus que la catégorie générique du contrat, laissant la place à tout le jeu des fantaisies licites : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 130.

²⁰² M. Fontaine, « Les contrats internationaux à long terme », in *Problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Etudes offertes à R. Houin, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 263-264.

²⁰³ Cf. C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 225 où l'auteur affirme : « Dans l'ensemble des pays étudiés, on a relevé un même mouvement tendant à la coopération entre le secteur public et le secteur privé, suscité en partie par la pénurie des budgets publics » (c'est nous qui soulignons coopération).

²⁰⁴ Dans le domaine du droit international privé par exemple, on remarque qu'en droit matériel, l'adaptation de la règle de droit au but sous-jacent qu'elle poursuit et à l'infinie variété des circonstances est obtenue, notamment,

M. Mercadal affirme que : « *Pour pratiquer des contrats sur mesure et flexibles, il faut se plier aux concepts incertains, parce qu'ouverts à la liberté contractuelle et adaptables aux circonstances des affaires* »²⁰⁵. En effet, comment concilier, sinon par un recours à un concept souple et flexible, les principes *pacta sunt servanda* et *rebus sic stantibus*²⁰⁶ qui, quoique contradictoires *a priori*²⁰⁷, caractérisent de nos jours presque tous les contrats internationaux de longue durée et singulièrement ceux dans lesquels un Etat est partie ? Il s'agit notamment de concilier l'intérêt général²⁰⁸ – par définition dynamique à certains égards – sur lequel doit veiller la partie étatique et les intérêts des promoteurs du projet²⁰⁹. Ainsi par exemple, est-il recommandé pour éviter de favoriser le secteur privé au détriment de la collectivité qu'un juste équilibre soit trouvé sur la durée – équilibre nécessairement dynamique donc – entre le soutien/les garanties du partenaire public et le retour sur investissement attendu par les partenaires privés²¹⁰. Il s'agit encore d'assurer la validité des aménagements contractuels apportés par les parties dans le cours de l'opération ou encore d'affirmer l'interdépendance entre les obligations des parties²¹¹. Dès lors, à notre volonté de clarté se greffe un souci de sécurité juridique – ou à tout le moins de confort juridique – bénéfique aux praticiens de ces opérations.

51. Sur le plan pratique : « *Même pourvue des qualités précédentes [adaptation des concepts qui forment une construction juridique aux réalités positives du droit vivant ainsi qu'homogénéité et cohérence d'une telle construction] qui se rattachent à sa structure*

par l'utilisation de concepts flexibles, à contenu variable, qui donnent au juge le pouvoir d'individualisation nécessaire : A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens – Etude de droit international privé comparé*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2003, p. 4 ; *adde* plus généralement sur les notions à contenu variable : C. Perelman et R. Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

²⁰⁵ B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », *op. cit.*, p. 336. *Contra* cependant M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, *op. cit.*, p. 8 où l'auteur affirme que ce qui fait la rigueur d'une science (y compris le droit) serait précisément d'échapper à ce chatoiement du langage, et d'assurer à chaque terme une signification constante et relativement précise. Comp. avec l'opinion du Doyen Geny pour lequel le « passage à la catégorie » ne peut normalement s'opérer qu'au moyen de concepts et de constructions idéales, qui, en même temps qu'ils permettent à l'esprit de saisir les réalités de la vie, ne sont pas sans dépouiller et déformer étrangement celles-ci : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, *op. cit.*, p. 174.

²⁰⁶ L'interprétation que donne un auteur contemporain du principe *rebus sic stantibus* consiste à affirmer qu'il s'agit de faire prévaloir une clause d'équilibre intertemporel du rapport contractuel sur les clauses organisant concrètement l'échange de biens ou de services entre parties : H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », in *RIDE* 2001/3, p. 369.

²⁰⁷ Pour M. Draetta par exemple, une tension a toujours existé entre ces deux principes qui, bien qu'alternatifs, sont condamnés à co-exister dans la mesure où ni l'un ni l'autre ne peut prévaloir d'une manière absolue. Selon l'auteur, la question concernant leurs rapports mutuels reste ouverte et ne pourrait jamais être tranchée de manière définitive : U. Draetta, « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », in *RDAI* n° 3/4, 2002, p. 347.

²⁰⁸ Pour une analyse approfondie de la notion d'intérêt général voyez *infra* n° 1065 et s.

²⁰⁹ Plus largement pour M. Xavier Dieux par exemple, des finalités axiologiques contradictoires peuvent être servies par une seule et même notion (...) large, la variabilité de son contenu étant précisément tributaire d'un jugement de valeur à la hauteur de ces finalités : X. Dieux, « L'application de la loi par référence à ses objectifs – Esquisses de la raison finaliste en droit privé », in *JTbe*, n° 5583, mars 1991, p. 206.

²¹⁰ Cf. en ce sens M. M. Kumaraswamy and X. Q. Zhang, "Governmental role in BOT-led infrastructure development", *op. cit.*, p. 200 où citant Pahlman, ces auteurs précisent : "(...) the notion that the private sector is more efficient than the state is supported in situations of vigorous competition and a free market principle that tends to be conspicuously absent in the case of public infrastructure projects. When private developers are provided with too many subsidies, guarantees and protection against competition, there is no evidence that efficiency gains will be made".

²¹¹ Un élément d'originalité et d'unité du BOT viendra en effet, comme nous le constaterons, non des obligations que ce type d'opérations fait naître mais de leur combinaison particulière et de l'esprit dans lequel elles sont conçues.

intrinsèque, la construction juridique ne peut jouer son rôle propre et donner des résultats utiles, que si elle correspond, en quelque mesure, aux besoins et intérêts pratiques, qui demeurent le fond substantiel du Droit »²¹². En effet, l'examen des pistes et éléments qui permettent un montage BOT pourrait revêtir une utilité pratique susceptible d'apporter aux praticiens, aux investisseurs et aux Etats et autres parties prenantes une certaine sécurité juridique qu'ils recherchent. Ceux-ci pourraient dès lors connaître les conditions de leur accord ainsi que les modalités de mise en œuvre de leurs rapports²¹³. Par ailleurs, nous avons souligné que la rédaction des contrats supports des BOT, et des PPP de manière générale, est cruciale pour le succès de telles opérations. Or, l'ordre juridique – et partant le droit et la pratique contractuels – influence le système économique et se traduit en termes de coûts²¹⁴. Par conséquent, qu'il s'agisse des coûts du droit, des coûts du « non-droit »²¹⁵ ou des coûts du « mauvais droit », il s'impose de se demander à la fois comment on peut les apprécier et sur qui ils pèsent dans une opération de BOT. De telles questions ne ressortissent pas uniquement du débat académique et sont porteuses d'enjeux pratiques évidents. Ainsi, a-t-on par exemple soutenu que le partenaire public doit supporter sans ambiguïté, dans le cadre du BOT, le risque de recours et d'annulation du contrat de concession dans la mesure où il ne serait pas concevable de laisser peser sur les seules épaules du concessionnaire les conséquences de la violation par l'entité publique de sa propre légalité ou du fonctionnement de son système juridique²¹⁶.

52. De plus, pour appréhender et comprendre correctement les règles qui doivent s'appliquer en cas de litige éventuel dans le cadre du BOT, il faut en connaître le mécanisme ou la nature²¹⁷. Il y a donc là également un souci pratique d'une certaine prévisibilité et d'une certaine sécurité dans le contentieux pouvant s'élever tant à propos du montage et de l'exécution que du transfert d'un projet BOT. Il s'avère alors plus aisé et plus efficace d'inciter ou de sanctionner lorsqu'on sait avec certitude quelle est la consistance des droits, des obligations et des responsabilités des différents partenaires dans une opération BOT.

²¹² F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 209-210.

²¹³ Parlant du projet Eurotunnel, un auteur affirme ainsi que « le projet avait également besoin d'une cohérence, d'une unité juridique. (...) Les responsables d'entreprises regrettèrent beaucoup que les Gouvernements qui avaient décidé de confier entièrement au secteur privé le financement et la réalisation de ce projet n'aient pas au moins pris le soin de définir un cadre juridique clair et précis » : J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », op. cit., p. 404-405.

²¹⁴ Cf. en ce sens M. Franck, Avant-propos in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002, p. 9 ; adde : M. Klopfer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 23 où l'auteur affirme que le droit ne vit pas pour lui-même et n'est pas davantage neutre de sorte que la recherche d'une certaine adéquation entre la règle de droit et un objectif déterminé ne semble pas choquante et paraît même souhaitable.

²¹⁵ Pour une analyse de « l'hypothèse du non-droit » Cf. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., not. p. 23-48. Pour le Doyen Carbonnier, le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit.

²¹⁶ Cf. en ce sens P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 151-152.

²¹⁷ Pour le Doyen Geny par exemple, en admettant que le contenu d'une convention fût suffisamment précisé par la volonté qui l'établit, il resterait fort embarrassant de déterminer les modes d'acquisitions, de transmission, ou d'extinction, non moins que les sanctions judiciaires, qui devraient s'y appliquer faute d'une « catégorisation » vraiment spécifique que les organes d'interprétation n'ont pas qualité pour édifier : F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 135.

53. Plus profondément, en éclairant les faiblesses, les limites et les risques d'abus²¹⁸ tout en présentant les avantages et potentialités du BOT, cette étude se donne également pour ambition d'encourager le développement de cette technique et d'autres modalités de PPP, en levant le voile sur les menaces et les appréhensions généralement associées à de telles techniques innovantes de réalisation d'infrastructures ou de services d'intérêt collectif. Certaines études démontrent ainsi que de nombreux projets en PPP sont retardés en raison de débats sur le point de savoir si c'est un contrat de « concession », de « bail » ou de « gestion » qui doit en être le support alors même que sous ces différents termes les parties appréhendent la même réalité²¹⁹. Eclairer une telle réalité n'a donc pas qu'un enjeu théorique. Ceci n'est cependant pas sans poser un certain nombre de difficultés.
54. **Des difficultés protéiformes** : la plus grande difficulté de l'étude est liée, comme nous l'avons déjà souligné, au fait que le BOT est un instrument pratique qui se caractérise par sa diversité et son adaptation aux caractéristiques de chaque projet. C'est ainsi qu'un des dangers d'une opération de qualification juridique se trouve dans le risque de broyer aveuglément les réalités profondes qu'elle doit soutenir et développer²²⁰. D'un autre côté, on peut objecter que les concepts sur lesquels repose notre construction sont essentiellement subjectifs. Mais comme nous le démontrerons, leur accessibilité et leur coïncidence avec la pratique leur assure une certaine objectivité.
55. De plus, la présence d'un Etat ou d'une personne publique dans la plupart des opérations de BOT complique encore plus les données du problème. Ainsi par exemple, la politisation de certains contrats. Il s'impose alors de prendre en compte cette spécificité et de résoudre les problèmes juridiques liés à cette présence publique. Plus largement, l'étude juridique d'une opération née de la pratique des affaires ne peut occulter tous les aspects non juridiques qui conditionnent les accords qui en sont issus. Ainsi singulièrement pour les opérations de BOT, les aspects stratégiques et politiques, les aspects économiques, financiers, fiscaux, sociaux et environnementaux. A côté de l'approche « *law and economics* », plusieurs autres disciplines doivent alors être prises en compte pour mener à bien cette étude, d'autant plus que cette approche présente elle-même un certain nombre de zones d'ombre et sa dimension explicative, qui nous est si précieuse, n'échappe pas à la critique.
56. L'approche « *law and economics* » a été en effet l'objet de vifs débats sur ses fondements de la part principalement d'une partie de la doctrine américaine (Cf. nos 457 à 461 *infra* sur les débats autour des fondements de l'analyse économique du droit). Il en est résulté la disparition de l'unanimité autour du « paradigme partagé » par les défenseurs de l'analyse

²¹⁸ C'est ainsi que nos développements sur la régulation du BOT et plus généralement sur la mise en œuvre d'un cadre institutionnel et réglementaire adéquat et performant revêtent une pertinence et un intérêt pratiques évidents pour les partenaires et plus spécialement le partenaire public.

²¹⁹ Cf. notamment J. Delmon, "Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees : BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...", Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 11 où l'auteur ajoute : "These debates often become matters of institutional philosophy or pride, yet their meaning is rarely unpacked and is often misunderstood. Often both sides of the debate intend the same result, but use different label".

²²⁰ Cf. en ce sens F. Geny, *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie, op. cit., p. 169. L'auteur y relève qu'une telle opération peut soit limiter l'épanouissement des volontés, soit permettre de couvrir des opérations que l'organisation positive a entendu prohiber ou soumettre à des exigences gênantes. Nous verrons toutefois que tant l'utilisation d'un concept flexible (la coopération) que la dimension « contrôlabilité » du BOT peuvent permettre d'éviter ces écueils.

économique du droit autour des années 1970²²¹. On compte ainsi une analyse économique du droit inspirée de la théorie des jeux et de l'économie expérimentale, une analyse économique du droit comportementale (« *Behavioral Law and Economics* ») mettant en avant les effets de la rationalité limitée, une analyse économique du droit néo-institutionnelle et plus inspirée par la théorie des contrats et des asymétries d'information²²². De telles chapelles ne seront cependant pas prises en compte dans le cadre de cette étude, ce qui n'en renforce pas toujours la lisibilité de positionnement mais nous permet de préserver une certaine neutralité axiologique.

57. D'un autre côté, en dépit de ses atouts, l'approche « *law and economics* » rencontre de fortes résistances à son admission, notamment dans les milieux francophones. C'est en France notamment qu'on a observé les plus vives résistances à l'éclosion de l'analyse économique du droit²²³. L'Académie²²⁴ y prétend en effet que la théorie économique ne déguiserait qu'un message idéologique néolibéral²²⁵. Une telle critique a été également formulée en Belgique sous des plumes francophones notamment, la Flandre et précisément l'Université de Gand ayant été parmi les pionniers de l'analyse économique du droit en Europe continentale²²⁶. Ainsi par exemple, Messieurs Frydman et Haarscher voient dans l'analyse économique du droit un courant philosophique capable de menacer

²²¹ En ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 12 (ce sont les auteurs qui soulignent) ; *adde* : B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, tome 37, Paris, Sirey, 1992, p. 23 ; B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 498-499.

²²² E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 12 ; *adde* : B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, tome 37, op. cit., p. 23 qui parle quant à lui de conceptions du droit autrichienne, institutionnelle et libertarienne.

²²³ Sur les causes et les perspectives de cette résistance, Cf. H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, éd. Cujas, 2002, p. 37 et s. ; *adde* G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 19-23. Il est piquant d'indiquer à cet égard que M. Villey soulignait, il y a près de trente sept ans, à propos de la philosophie du droit que « notre pays [la France] est de ceux où la philosophie du droit rencontre le plus d'hostilité » : M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, op. cit., p. 3.

²²⁴ Nous empruntons cette expression à Mme Muir-Watt qui souligne que le prestige du droit américain, auquel l'Académie reste jusqu'à présent plutôt imperméable, semble toutefois agir par le canal tant de l'imaginaire de la jeunesse estudiantine que des besoins ressentis par les professionnels du droit : H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in *L'américanisation du droit*, APD, tome 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 29.

²²⁵ Ce point de vue est farouchement défendu par M. Bernard pour qui le (sic) « *Law and Economics* » se construit sur des postulats idéologiques pour prétendre démontrer scientifiquement des résultats acquis d'avance : A. Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote ? » consultable sur www.Dalloz.fr (publié également au Recueil Dalloz 2008, p. 2806 et s.). *Contra* cependant E. Brousseau pour qui la (sic) « *Law and Economics* » ne consacre en rien la suprématie des principes juridiques anglo-saxons – ce qui la rendrait inadaptée à l'analyse du droit civil – et n'est pas non plus biaisée en faveur d'un cadre légal ou un autre : E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », consultable dans la base de données JurisClasseur LexisNexis, n° JurisData : 2005-270462, p. 1-2 (également publié in Les Petites Affiches, 2005, n° 99 p. 43 et s.) ; *adde* H. Muir-Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in *L'américanisation du droit*, op. cit., p. 34 où l'auteur – se référant plus précisément à la France – souligne que par comparaison, la pensée juridique européenne est perçue comme monolithique, sacerdotale (en ce sens que la vérité n'est tenue et la parole n'est diffusée que par des initiés), peu encline à s'interroger sur son propre discours, fermée à l'expression contestataire, et mobilisée avant tout par des querelles de chapelle d'intérêt plutôt local.

²²⁶ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 14-15 où ces auteurs relèvent que l'éclosion de l'analyse économique du droit s'est produite en Flandres et aux Pays-Bas à la fin des années 1980. A titre d'illustration Cf. les importants travaux de Messieurs Bouckaert et De Geest de l'Université de Gand dont notamment, *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham, Edward Elgard, 2000 (<http://allser.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>)

l'humanisme juridique, de poursuivre allègrement le saccage de notre planète ou de fermer les yeux sur l'exploitation des enfants (...) ²²⁷. M. Frydman estime par ailleurs que l'idéologie des modèles sociologique et économique – modèles qui selon l'auteur occupent une place prépondérante dans le cadre juridique contemporain – influence la vision du droit des juristes et la pratique du droit à tous les niveaux mais, ces modèles se heurteraient à plusieurs critiques importantes du point de vue épistémologique ²²⁸.

58. Une critique plus précise de l'analyse économique du droit, concerne sa contribution au droit des contrats, domaine dans lequel certains auteurs estiment que cette approche a échoué ²²⁹. A ce propos, le Doyen Carbonnier estimait déjà qu'il est dans le contrat des aspects psychologiques que l'économie ne suffit pas à expliquer ²³⁰. De même la vertu descriptive de l'analyse économique du droit semble remise en cause par certains auteurs qui affirment qu'une telle vertu n'est que prétention et qu'en réalité, l'analyse économique du droit glisserait vers une fonction prescriptive ou normative ²³¹. En outre, le modèle descriptif est considéré comme réduisant nombre de juristes à devenir des intellectuels serviles aux bottes de ceux qui contrôlent d'importantes ressources dans la société ²³². De

²²⁷ B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^{ème} éd., 2002, p. 56 ; *adde* : B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Paris/Laval, L'Harmattan/Les Presses universitaires de Laval, 2000, p. 145 et s. Pour cet auteur en effet, cette approche est souvent associée au plan politique, au néolibéralisme voire à l'ultralibéralisme et fonctionne essentiellement dans le cadre normatif de la théorie classique : dès lors elle ne permettrait pas de rendre compte de certaines innovations jurisprudentielles contemporaines.

²²⁸ En ce sens et pour les détails de ces critiques : B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 523-524.

²²⁹ Pour une critique solidement argumentée et relativement convaincante de cette approche dans le domaine du droit des contrats Cf. notamment : Eric A. Posner, "Economic analysis of contract law after three decades : success or failure ?" in *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 829 et s. Pour l'auteur en effet (p. 830) "(...) *Economic analysis has failed to produce an « economic theory » of contract law, and does not seem likely to be able to do so. By this, I mean that the economic approach does not explain the current system of contract law, nor does provide a solid basis for criticizing and reforming contract law*"; *adde* : D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", in *Journal of Law and Society*, vol. 20, n° 2, 1993, p. 167 : "(...) *It is the implicit psychological and sociological assumption in the dominant law and economics literature of rational economics behaviour as narrowly individual utility-maximization that has run out of explanatory productivity in the case of long-term contracts and must be regarded as false. Efficient long-term contractual behaviour must be understood as consciously co-operative*". Pour une critique plus générale et bien étayée de l'approche « law and economics » Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, notamment p. 68 où l'auteur relève à juste titre que l'analyse économique n'aboutit pas toujours à un résultat certain et constant, mais dépend au contraire en grande partie des arguments économiques choisis et de leur interprétation subjective.

²³⁰ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 290.

²³¹ B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », op. cit. p. 145 et s. où l'auteur affirme que l'analyse économique du droit violerait la loi de Hume car opérant un glissement d'une perspective descriptive (« est ») à une perspective normative (« doit ») ; *adde* : B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., p. 503-504 ; M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, n° 1, jan. 2010, p. 383 et s. Pour cet auteur, l'argument d'une approche principalement descriptive ne convainc pas, notamment lorsque l'on s'intéresse à la façon dont les rapports *Doing business* auraient utilisé l'analyse économique avec des ambitions normatives qu'ils auraient tenté de dissimuler derrière une prétendue méthode prédictive et explicative ; J.-L. Bergel et J.-Y. Chérot, Avant-propos, *RRJ*, 2008-5, n° spécial consacré à *L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay* : Pour ces auteurs l'analyse économique du droit peut conduire plus ou moins ouvertement d'une analyse descriptive de type réaliste à une nouvelle dogmatique pouvant éventuellement devenir dans certaines de ses expressions une justification du système économique sous-jacent.

²³² Cf. en ce sens S. Macaulay, "An empirical view of contract", in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 479 : "A descriptive model reduces many lawyers to little more than captive intellectuals serving those who control significant resources in society".

même, a-t-on également ajouté que l'économie est une « science individualiste » dominée par des penseurs de « pays fortement individualistes », tels les Etats-Unis ou le Royaume-Uni, dont les « postulats sont insusceptibles de s'appliquer » à des sociétés plus collectivistes dans lesquelles l'intérêt du groupe est placé avant celui de l'individu²³³.

59. Toutefois, une partie de la doctrine que nous approuvons affirme que le droit et l'économie ont fondamentalement le même objet²³⁴ : créer les conditions de la meilleure coopération possible entre les hommes dans un monde où les ressources de temps, d'espace, et en conséquence de savoirs sont limitées²³⁵. Par ailleurs, l'utilité – voire même la nécessité – d'une analyse économique dans le domaine des contrats (publics ou privés) s'impose de plus en plus en droit positif. Ainsi par exemple, au départ d'un certain nombre de décisions de juridictions administratives françaises, deux auteurs constatent que « *Ces décisions récentes confirment la liberté d'appréciation laissée par la Haute Juridiction administrative aux juges administratifs en les invitant à se livrer à une véritable analyse économique des contrats* »²³⁶. De plus, MM. David Campbell et Donald Harris affirment qu'il existe désormais des études théoriques et empiriques substantielles qui contribuent à démontrer l'inadaptation du droit classique des contrats²³⁷ à fonder une explication satisfaisante des contrats de long-terme²³⁸ que les droits nationaux semblent au demeurant ignorer comme nous l'avons mentionné plus haut. Plus généralement, l'approche « *law and economics* » contribue au débat juridique même si, comme l'a relevé une de ses critiques, cette contribution paraît subtile²³⁹.

60. Plus fondamentalement, si nos développements s'appuient à titre principal sur l'approche « *law and economics* », la variété des disciplines qu'implique l'examen des relations entre l'Etat et le marché aboutit à ce que la présente étude est en réalité conduite sous un pluralisme de méthodes qui intègre largement des considérations et des analyses de nature historique, philosophique (dont notamment la philosophie du droit²⁴⁰ et/ou théorie du droit), sociologique (dont particulièrement la sociologie des organisations). De même sont

²³³ G. Hofstede, *Cultures and organizations: software of the mind, intercultural cooperation and its importance for survival* (1997), cité par A. J. Perry, "The relationship between legal systems and economic development: integrating economic and cultural approaches", in *Journal of Law and Society*, vol. 29, n° 2, June 2002, p. 298 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

²³⁴ L'économie est sans conteste possible une science sociale, au même titre que le droit. Il était d'ailleurs coutume dans les universités de dire faculté de droit et d'économie, tradition que semble bien maintenir l'Université du Luxembourg avec sa faculté de droit, d'économie et de finance.

²³⁵ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211 (c'est nous qui soulignons dans le texte) ; *adde* dans le même sens : M. Kloeffer Pelèse, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droits français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 22-23 ; G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. 21.

²³⁶ A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation: le cas de la régie intéressée », in *AJDA*, avril 2003, p. 830. Ces auteurs précisent (p. 831) que c'est donc par une analyse financière du contrat que l'on pourra constater s'il existe effectivement un risque pour l'exploitant et ainsi observer que sa rémunération dépend de la performance de celui-ci, c'est-à-dire de la qualité de sa gestion.

²³⁷ Aucune distinction ne doit ici être établie entre les droits de *common law* et de « Civil law ».

²³⁸ D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 166 ainsi que la référence citée.

²³⁹ Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?", op. cit., p. 830: "(...) *This is not to say that the economic approach has not produced any wisdom, but that the nature of its accomplishment turns out to be subtle and will become clear only after an extended discussion*".

²⁴⁰ Sur le but et l'utilité de la philosophie du droit Cf. M. Villey, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, op. cit., p. 5 et s.

intégrées dans cette étude des analyses et des considérations d'économie « traditionnelle » (sous toutes ses chapelles : économie néo-classique, (néo)institutionnaliste, comportementale, industrielle...), d'économie politique, de finance (avec quelques références élémentaires à la mathématique financière) et même de psychologie. La présente étude est dès lors doublement interdisciplinaire car en même temps transversale à plusieurs disciplines juridiques (de droit public/privé, de droit économique...) ²⁴¹ de sorte que notre méthode se rapproche en fin de compte du « modèle pragmatique contemporain » tel que proposé et analysé par M. Benoît Frydman ²⁴².

61. En conséquence, comme l'a soutenu un auteur de façon générale à propos du droit : « *C'est (...) lui faire preuve d'intérêt que de s'aventurer hors de ses frontières et d'y revenir ensuite, avec la satisfaction de le retrouver en le regardant d'un autre œil, grâce à l'enrichissement glané ici et là, dans des domaines qui lui sont plus ou moins éloignés* » ²⁴³. Par des incursions dans les différents domaines et disciplines précités en effet, nous tenterons d'apporter un éclairage au moins original à l'étude du concept de BOT et, partant, peut-être démentirons-nous la boutade suivant laquelle « *Lawyers and policy makers are economically illiterate and frequently inumerate* » ²⁴⁴. Nous nous apercevrons par ailleurs que la conjonction de ces différentes sources permet de donner un contenu à la notion de coopération. Loin en effet d'être un slogan, la coopération apparaît comme une norme de comportement assurant des gains mutuels pour les parties et dont le contenu et les critères sont identifiables, tel que l'examen du concept du BOT le démontrera. Opération inscrite sur une longue durée, nous démontrerons ainsi que l'affirme par ailleurs M. Loncle que la clé du succès du BOT réside dans la coopération fructueuse des secteurs privés et publics ²⁴⁵. Alors qu'on a souligné qu'il existe deux approches éthiques du droit des contrats à savoir l'approche individualiste et l'approche coopérative ²⁴⁶, il s'agit en l'espèce de démontrer que c'est l'approche coopérative qui

²⁴¹ Pour MM. Ost et van de Kerchove en effet, la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (monodisciplinarité), se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes *a priori* : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 14.

²⁴² Sur cette méthode Cf. notamment B. Frydman, *Le sens des lois – Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, op. cit., préc. p. 576 et s. Pour cet auteur en substance, le modèle pragmatique réalise une synthèse constructive et innovante au départ de certains composants empruntés, de manière sélective tant aux Anciens qu'aux Modernes et reconnaît la pluralité des méthodes, organise leur coexistence, affirme leur valeur relative et leur attribue un statut rhétorique d'arguments ou de lieux. De la sorte, ce modèle parviendrait à surmonter la séparation entre la raison et l'autorité que l'histoire moderne avait réussi, pour leur mutuelle infortune, à imposer au droit (Cf. p. 667-668).

²⁴³ A. Lepage, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, Thèse Paris XI, 1998, dir. Y. Paclot, p. 733.

²⁴⁴ *The Economics of law*, Publication de l'Institute of Economic affairs, Londres 1990, cité par A. Brabant, *Les Marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre-mer*, tome I, op. cit., p. 66 ; *adde* pour une illustration de cette boutade : D. Moyo, *How the West was lost. Fifty years of economic folly – and the stark choices ahead*, op. cit., p. 50 où l'auteur écrit : "A securities lawyer (someone trained to the highest levels of finance, and well versed in the business of debt and equity) was asked how much he would lose on his mortgaged property were the price of the house he lived in to decline by 10 per cent. He remarked condescendingly that, of course, he'd lose 10 per cent, his answer displaying an astonishing degree of ignorance. For clearly, because he has a lien on the property (in the form of mortgage debt) the correct answer should have been 'it depends', for the true figure depends on the amount of leverage he has".

²⁴⁵ J.-M. Loncle, « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 964. Pour cet auteur, organiser un montage BOT dans lequel un seul des deux secteurs est gagnant ne pourra conduire qu'à l'échec.

²⁴⁶ S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", in *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 1, 2003, p. 67. Comp avec M. Mekki qui parle de doctrines "individualistes" et "solidaristes", lesquelles s'avèreraient très proches : il s'agirait alors d'un syncrétisme doctrinal, discours mêlant plusieurs doctrines. Pour l'auteur, une conception transpersonnaliste –

prévaut dans le cadre du BOT. Mais, il s'agit d'une coopération réaliste, dynamique et équilibrée car si l'approche individualiste n'est pas du tout adaptée à des projets de grande ampleur, l'approche coopérative peut s'avérer irréaliste si un équilibre n'est pas trouvé qui va dans le sens non d'une identité d'intérêts mais d'une communauté d'intérêts entre partenaires²⁴⁷. Le BOT apparaît en fin de compte comme un montage contractuel destiné à réaliser un projet dont la réussite est conditionnée par une coopération²⁴⁸ renforcée – parfois forcée dans certaines circonstances²⁴⁹ – entre les différents partenaires à l'opération. La notion de montage a pu être définie à l'aide de quatre éléments : « *un contexte objectif, des buts définis à atteindre, des éléments à rassembler à cette fin, une technique d'ensemble* »²⁵⁰. Dans le cadre du BOT, un tel montage impose une coopération fondée sur la confiance – et non sur la méfiance comme c'était classiquement le cas – entre des partenaires qui vont s'engager à observer la plus grande loyauté²⁵¹ aux fins de gains mutuels. Selon Mme Fabre-Magnan par ailleurs, la recherche du « maximum d'utilité », classiquement fondée sur l'obligation de loyauté pourrait être logiquement, et même mieux, rattachée à une analyse économique du contrat : si chaque contractant doit coopérer avec l'autre, c'est surtout afin que la somme de leurs deux utilités soit maximale²⁵². Telle est en partie l'objet de notre démonstration dont quelques autres embûches méritent d'être présentées.

- 62.** Comme nous l'avons déjà mentionné, certains concepts doivent être analysés sous une perspective historique afin d'en faire mieux comprendre les transformations ou les survivances. Un danger est alors de réifier des processus concrets en objets d'étude, c'est-à-dire d'abstraire les idées de leurs auteurs et de leurs époques. Or, comme le rappellent certains auteurs, il faut toujours, dans l'analyse des données sociales, se garder de confondre les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer²⁵³. En effet, un peu comme dans une entreprise généalogique, il faudra garder à l'esprit que les ascendants des survivants actuels d'une famille ne sont pas que leurs ancêtres : ils

c'est-à-dire basée sur la recherche de l'équilibre entre l'individu et la société – du contrat permettrait de rapprocher sur de nombreux aspects les deux courants précités. Pour la défense d'une conception solidariste du contrat, Cf. notamment : D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », in *Revue des contrats*, 2003, p. 295-322 ; *adde* : C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle – Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441-472 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 603-634.

²⁴⁷ S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", op. cit., p. 67 ainsi que la référence à R. Brownsword citée: "*Doctrinal adherence to individualism will often seem out of touch with business practice (where compromise, adjustment, and partnering and the like govern dealings); but, equally, doctrinal adherence to cooperativism can put too great a strain on the idea of a common enterprise (at any rate, in the sense of an identity of interest)*".

²⁴⁸ Cette expression nous semble suffisamment large pour comprendre toute forme d'association contractuelle, permettant d'entreprendre et de poursuivre durablement une opération économique commune.

²⁴⁹ Ainsi généralement par exemple, la présence de clauses de substitution ou de modalités d'ajustements comme nous le verrons plus loin.

²⁵⁰ J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, Paris, Joly éd. Pratique des affaires 1994, p. 11.

²⁵¹ Cf. en ce sens B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », in D.P.C.I., 1984, tome 10, n° 3, p. 319 et s.; *adde* M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy S.A., 1989.

²⁵² M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 62 (c'est l'auteur qui souligne). Pour Mme Fabre-Magnan toutefois, l'obligation de coopérer demeurerait incontestablement un devoir moral. Ceci est loin d'être le cas à notre sens comme il sera démontré dans la deuxième partie de cette étude.

²⁵³ F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 21. Ces auteurs précisent qu'une telle confusion est fréquente dans la mesure où nous ne percevons les réalités qu'à travers le paradigme que nous utilisons.

vécurent à un moment donné de l'histoire, dans un contexte bien déterminé. Les notions de concession²⁵⁴ ou de service public illustrent à suffisance une telle difficulté. Dès lors, il s'agira de tenter de suivre ce précepte suggéré par un auteur qui affirme que : « *Sans tomber dans le piège déterministe consistant à croire qu'une œuvre est le produit mécanique du jeu des circonstances, il ne faut pas non plus lui attribuer une valeur intemporelle* »²⁵⁵.

63. Enfin, deux difficultés – et pas des moindres – viennent encore compliquer notre tâche. D'une part, l'étude du concept de BOT, pratique d'une forte inspiration anglo-américaine à laquelle il faut ajouter l'approche « *law and economics* », sera menée par un juriste qui appartient à la famille des droits d'inspiration romano-germanique. Le risque évident est que nous nous perdions dans les méandres de constructions et de techniques affinées et appliquées par des praticiens pragmatiques imprégnés d'une culture juridique dont nous avons tout à découvrir. D'autre part, la confidentialité qui dans la plupart des cas entoure de nombreux montages mais surtout les litiges relatifs au BOT constitue aussi un obstacle à l'accès à certaines données pertinentes pour l'analyse du sujet. Pour tenter de mener à bien cette étude et en dépit de toutes les difficultés précitées nous avons dû opérer des choix – frustrants à certains égards –, lesquels conditionnent tant la démarche à suivre que la structure de notre étude. Il en est ainsi parce que, nous semble-t-il, la théorie n'offre pas toujours des prescriptions simples et inconditionnelles.

64. Opérer des choix pour délimiter le champ de l'investigation. Dans la mesure où une opération de BOT fait très souvent intervenir l'Etat d'accueil du projet, si ce dernier est partie au contrat de BOT, un tel contrat prend les allures de « contrat d'Etat ». La notion de « contrat d'Etat » ainsi que toutes les difficultés y relatives, notamment la question de son internationalisation ou encore l'éventuel contentieux lié à de tels contrats – y compris les questions de l'Etat partie à un arbitrage et celle des immunités (surtout d'exécution) d'Etat – ont fait l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de notre mémoire de DEA réalisé à l'Université Libre de Bruxelles²⁵⁶. Il ne nous paraît par conséquent pas nécessaire

²⁵⁴ Il est en effet particulièrement piquant de lire à propos de la concession que le déséquilibre entre l'administration et son cocontractant résultait des cahiers de charges-types imposés par voie réglementaire, dérive (ou évolution) du seul droit français des concessions que l'on ne retrouve pas dans la pratique de ses anciennes colonies d'Afrique alors même que les systèmes juridiques de ces dernières ont été en grande partie inspirés du droit français : O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », op. cit., p. 935 où l'auteur indique qu'à l'origine le contrat de concession était établi sur un principe d'équilibre entre l'administration concédante et le concessionnaire et que la pratique africaine – laquelle ne connaît en principe pas de cahiers de charges-types – montre que cela a été toujours le cas. L'auteur remarque néanmoins qu'une telle absence n'a pas toujours profité aux pays africains dans les négociations face à de grands groupes de concessionnaires jouissant d'une très longue expérience nationale et internationale.

²⁵⁵ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 36.

²⁵⁶ Cf. Mémoire précité sur « L'encadrement contractuel des investissements (grands projets) » ; *adde* pour un examen plus approfondi de ces questions : P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985 ; P. Weil, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000 ; *Idem*, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », in RCADI, 1969, Tome III, vol. 128 ; J.-F. Lalive « Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents », in RCADI, 1983, III, T.181 ; P. Lalive, « Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'Etat », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, Tome I ; C. Leben, « Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry, L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998 ; Esa Paasivirta, *Participation of states in international contracts and arbitral settlement of disputes*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1990 ; J.-M. Jacquet, « Contrat d'Etat », *Juriscl. dr. int. Commercial*, Fasc.565-60 ; Leila Lankarani El-Zein, *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; Sophie Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, 2005. Sur la question des

de revenir sur ces questions et seuls seront évoqués les quelques aspects strictement indispensables pour la clarté de l'exposé.

65. Pour ce qui est de l'importante question du droit applicable à une opération de BOT – question qui mériterait à elle seule une thèse – nous n'en débattons pas outre mesure pour au moins deux raisons : tout d'abord, elle est toujours en pratique résolue par une rédaction minutieuse des clauses du droit applicable (notamment dans les conventions de financement)²⁵⁷ ; ensuite, le principe de l'autonomie de la volonté ainsi que l'internationalisation croissante des contrats conclus dans le cadre des investissements renforcent la possibilité de « déracinement » des opérations d'investissement. L'internationalisation des contrats pourrait ainsi permettre aux parties de soumettre leur opération ou une partie de celle-ci – ce qui est souvent le cas pour les conventions de financement dans le cadre du BOT – à n'importe quel droit dans l'ordre international.
66. De fait, la possibilité de « déraciner » le BOT aurait pu nous conduire à envisager celui-ci comme une opération « a-nationale » dont la mise en œuvre peut se faire en dehors de tout ordre juridique. En effet, parce que le BOT a été conçu par la pratique internationale et qu'il semble d'emblée irréductible à une catégorie nommée – notamment dans l'ordre juridique romano-germanique – il aurait pu paraître naturel qu'il soit soumis aux principes généraux et aux usages de la *lex mercatoria*, ce qui aurait eu l'avantage d'assurer tout à la fois la compétence d'un droit unique et adapté pour l'ensemble de l'opération²⁵⁸. Ceci n'est toutefois pas sans risques. Comme le souligne M. Nielsen par exemple: “*The outstanding jurists and practitioners of the IPBA [International Pacific Bar Association] have subscribed to the need to, in essence, follow the “Law of the Merchant”, that is, contractually build the legal and governing law framework. Doing so however, creates many new risks. Predictability of consequence is essential in assessing the financial risk of projects and in ensuring projects for varying forms of catastrophic events*”²⁵⁹. Pour cette raison et bien d'autres qui seront plus amplement présentées ci-après, nous avons choisi une démarche différente.
67. Si la technique (notamment contractuelle) qui dérive du BOT n'est pas propre à un droit étatique déterminé, elle peut à notre avis se couler parfaitement dans les catégories du droit commun de n'importe quel système juridique²⁶⁰. De plus, la pratique et le droit internationaux revêtent incontestablement la qualité de source du droit interne des contrats (tant publics que privés). Ils incitent par conséquent à une relecture par les Etats et leurs juristes de droit interne de leurs propres catégories à la lumière de ces sources. Ainsi par

immunités d'Etat Cf. notamment : I. Pingel-Lenuzza, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; Georges R. Delaume, « Contractual Waivers of Sovereign Immunity : Some Practical Considerations », in *ICSID Rev.*, 1990, spéc. p. 232 et s. ; C. Kessedjian, « La pratique américaine en matière d'exécution de l'Etat étranger » in *L'exécution de l'Etat étranger*, Paris, Cahiers du CEDIN, 1988, spéc. p. 136 et s. ; H. Synvet, « Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger », *JDI*, 1985, spéc. p. 879 ; C. Leben, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité des Etats », in *L'immunité d'exécution de l'Etat étranger*, Paris, Cahiers du CEDIN, 1988, p. 23 et s.

²⁵⁷ Des difficultés peuvent cependant naître en cas de litige s'il s'avère par exemple qu'il y a des lacunes dans le droit choisi par les parties.

²⁵⁸ Les règles « a-nationales » seraient une réaction à la fois au mécanisme conflictuel, impuissant à saisir l'espace juridique transnational, et au contenu des droits étatiques conçu pour les seules opérations internes.

²⁵⁹ Kris R. Nielsen, “Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects”, in *The International Construction Law Review*, 1997, p. 196.

²⁶⁰ A titre d'illustration, dans le cadre du projet Eurotunnel, le contrat de concession était soumis aux principes communs aux droits français et anglais et, à défaut de tels principes, aux principes généraux du droit du commerce international. Par ailleurs, la Belgique fut désignée comme siège de l'arbitrage.

exemple, l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit interne des contrats des Etats membres a fait dire à un auteur que le droit de l'Union invite à s'interroger sur les limites d'une classification binaire (contrats de droit public/contrats de droit privé), laquelle rend incomplètement compte d'un droit interne renouvelé par la multiplication de ses sources²⁶¹.

68. Notre démarche participe assurément d'un tel renouvellement des sources du droit interne des contrats de différents Etats. C'est en effet notre façon à nous de tenter de nous « *accommoder de la démultiplication des sources du droit et de tenter d'y introduire un peu d'ordre par le biais de quelques principes juridiques de synthèse* »²⁶². Une telle démarche se justifie d'autant plus que la présence d'un Etat ou d'une personne publique dans une opération BOT n'est pas de nature à en faciliter la « dénationalisation ». En effet, à côté de certains Etats qui ont édicté une réglementation spécifique à l'approche BOT²⁶³ – dont la Chine, la Turquie, le Pakistan²⁶⁴, le Vietnam²⁶⁵ ou encore le Sénégal²⁶⁶ – la plupart des pays libéraux semblent généralement adapter leurs droits de façon ponctuelle aux traits spécifiques de cette pratique grâce, parfois, à l'intervention du juge ou de l'arbitre. A l'observation, si l'on admet que dans le cadre du BOT les instruments contractuels et/ou sociétaires auxquels les parties ont recours pour organiser leurs relations sont puisés dans des droits nationaux, même si leur assemblage spécifique est généralement inconnu de ces derniers, c'est donc en considération d'un droit national – la présence étatique ou d'une personne publique obligeant – que l'opération BOT est mise en œuvre²⁶⁷. Certains auteurs affirment ainsi que: “*The truism that each civil engineering project is unique is accentuated with the introduction of additional (and often volatile) variables in BOT scenarios. However, national regulations and laws are being formulated to provide minimal safeguards and basic frameworks*”²⁶⁸. Dans cette mesure, les choix effectués par les parties ne se comprennent mieux qu'à la lumière des règles dont elles ont voulu ou tenté d'écarter l'application en faisant usage de leur liberté contractuelle. De

²⁶¹ L. Soubelet, « Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit communautaire : l'exemple de la distinction entre contrats publics et contrats privés », in Petites Affiches, mars 2005, n° 54, p. 17 où l'auteur précise (v. note 14) que ce droit interne des contrats publics est de nos jours fait de règles propres au droit public mais aussi, comme de toujours, de principes empruntés au droit privé auxquels il convient d'ajouter de nombreuses dispositions de droit international et du droit de l'Union européenne.

²⁶² L'expression est de MM. Ost et van de Kerchove : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 17.

²⁶³ Une telle institutionnalisation du BOT est en effet susceptible de lui conférer une nature et un régime juridiques propres, option dont l'efficacité doit encore être démontrée.

²⁶⁴ Sur les législations de ces trois pays notamment Cf. C. Vadcar, « Problématique et définition de l'investissement direct étranger en droits national et international », in Juriscl. dr. int. 1999, Fasc.565-50, p. 9.

²⁶⁵ Cf. notamment Decree n° 62/1998/ND-CP dated August, 15, 1998 on promulgating investment regulations under BOT, BTO, BT contracts applied for foreign investment in Vietnam ; *adde* : L. A. Malinasky, “Rebuilding with broken tools: Build-Operate-Transfer law in Vietnam”, in Berkeley J. of Int. Law, vol. 14, 1996, p. 438-464, préc. p. 462-464 reprenant la réglementation vietnamienne des BOT.

²⁶⁶ Loi sénégalaise n° 2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction – exploitation – transfert d'infrastructures (CET), Journal Officiel République du Sénégal du 03 avril 2004.

²⁶⁷ Ce qui n'exclut pas la possibilité de « dénationalisation » d'une partie de l'opération par la volonté des parties ou par la mise œuvre de certains mécanismes du droit international.

²⁶⁸ Mohan M. Kumaraswamy and David A. Morris, “Build-Operate-Transfer-Type Procurement in Asian Megaprojects”, in Journal of Construction Engineering and Management, vol. 128, n° 2, April 2002, p. 101 où ces auteurs ajoutent: “*Model agreements and documentation formats are also being developed. Such developments are essential to provide viable frameworks and to inject the required consistency and certainty into these scenarios, so as to reduce the dangers of less than reasonable agreements being imposed on less experienced parties or those with lower bargaining power, or indeed being extracted through corrupt practices*”.

même, l'originalité de l'opération pourrait être mieux révélée si l'on compare les composantes de celle-ci aux catégories connues des droits nationaux.

69. Plus fondamentalement, il faut admettre avec un auteur qu' « *Il est bon qu'aux exigences des mouvements de globalisation et de mondialisation auxquels les Etats sont confrontés, ils puissent opposer celles de leurs traditions juridiques et culturelles respectives, puisées au plus profond de leur histoire et qui ont façonné leurs peuples en construisant leur identité* »²⁶⁹. Il faut toutefois selon nous éviter de tomber dans le travers du repli identitaire ou encore d'un « patriotisme juridique » plutôt néfastes aux investissements²⁷⁰. D'un autre côté, la « dénationalisation » ne paraît pas mise en avant par les institutions du commerce international. Celles-ci semblent au contraire, à travers les guides législatifs et autres principes directeurs qu'elles publient, formuler des recommandations qui vont dans le sens de mieux ancrer le BOT dans les Etats d'accueil²⁷¹. D'une part en effet, l'ONUDI (Organisation des Nations Unies pour le développement industriel) a publié des Principes directeurs dans un ouvrage intitulé « *The Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Project* », lesquels fournissent un ensemble d'orientations fondamentales aux pays d'accueil aux fins de la mise en œuvre des projets BOT²⁷². D'autre part, la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international) a publié en 2001 un « Guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé »²⁷³.

70. En dernière analyse, la « force d'attraction » du droit de l'Etat d'accueil du BOT²⁷⁴ nous conduit à nous placer dans une perspective non pas de recherche d'usages de la *lex mercatoria* susceptibles de régir cette opération mais, plutôt dans une perspective de comparaison avec des catégories connues – ou à redécouvrir en l'espèce – des droits nationaux susceptibles d'identifier l'opération BOT. En effet, la loi de l'Etat d'accueil du

²⁶⁹ L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, p. 288.

²⁷⁰ On a ainsi relever que: “While much time has been spent debating the relative merits of different models, particularly those developed by national bodies or historically through specific legal systems, at the end of the day nationalism should bend to commercial and political practicality when designing an appropriate PPP structure”: J. Delmon, “Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees : BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...”, Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 15.

²⁷¹ Cf. Don Wallace Jr, “Creating law in changing societies : The case of law for privately financed infrastructure projects”, in S. Schlemmer-Schulte & Ko-Yung Tung (ed.), *International Finance and development Law*, Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 827 et s.

²⁷² Cet ouvrage d'environ 308 pages publié en 1996 fait le tour des questions financières et juridiques auxquelles les autorités d'un Etat d'accueil ainsi que les promoteurs d'un projet BOT peuvent être confrontés. Il offre également aux pays en développement un ensemble d'orientations de base nécessaires à la mise en œuvre de projets BOT. Ces « Principes directeurs » fournissent par ailleurs un ensemble d'informations pratiques quant aux procédures et aux structures nécessaires aux montages BOT avec pour objectif affirmé de permettre une réduction de coûts et un gain de temps dans la réalisation de ce type de projets.

²⁷³ Ce « Guide » a été revu et réédité en 2003. Il est divisé en deux parties et concerne, d'une part, les « Recommandations législatives » et, d'autre part, des « Dispositions législatives modèles ». Ces dernières ont trait aussi bien au cadre législatif général et spécifique aux projets d'infrastructures à financement privé, qu'à la sélection du concessionnaire, au contenu et à la mise en œuvre du contrat de concession, à la durée, la prolongation éventuelle ou la résiliation dudit contrat. Enfin, elles intéressent également la résolution des différends pouvant survenir en cette matière.

²⁷⁴ C'est-à-dire que l'Etat d'accueil est, selon les spécialistes du droit international privé, le siège du rapport de droit.

projet BOT peut toujours intervenir au titre de loi d'application immédiate²⁷⁵, par exemple lorsqu'il existe une réglementation spécifique à certains types d'investissements étrangers ou lorsque sont en cause des matières accessoires à l'exécution du contrat²⁷⁶ (relations de travail, réglementation de l'hygiène et de la sécurité, permis de construire, réglementation de la concurrence...). Par ailleurs, quel que soit le degré de délocalisation, la loi de l'Etat d'accueil aura toujours vocation à s'appliquer à l'un ou l'autre titre²⁷⁷. Ainsi par exemple, les conditions de validité du contrat quant à sa forme et quant à sa substance seront soumises à la loi de cet Etat, laquelle détermine si et dans quelle mesure l'Etat peut compromettre²⁷⁸ ou, le cas échéant, la procédure d'approbation du contrat. Plus déterminant, s'il devait y avoir un droit unique et/ou un droit spécifique pour régir l'ensemble de l'opération, c'est incontestablement le contrat de BOT qui dicterait cette solution²⁷⁹. Ainsi, à la traditionnelle projection sur le plan international des solutions internes, avons-nous préféré une projection des solutions internationales au niveau interne²⁸⁰. Il pourrait ainsi être intéressant ce faisant de mesurer la capacité de différents droits nationaux à accueillir le BOT et, au-delà, les PPP en général.

71. Exclusion de certains domaines du champ de l'investigation. Technique globale mise en œuvre pour réaliser une finalité d'intérêt général, il apparaît difficile de ne pas envisager les nombreux aspects – parfois purement techniques – qui concourent à la mise en œuvre du BOT. Nous essaierons toutefois de ne retenir que ceux des aspects qui ont une influence sur le plan juridique. Malgré tout, de tels aspects paraissent fort nombreux de sorte que certains d'entre eux feront simplement l'objet d'un survol. Ne seront ainsi qu'incidemment abordés les aspects de droit fiscal relatif au BOT et ce, malgré l'influence que cette discipline peut avoir sur une telle opération (ainsi par exemple l'influence de la fiscalité sur le choix de la forme de la société du projet). En principe, dans la mesure où ils dictent des choix juridiques, les choix fiscaux devraient être pris en compte. Pour cette raison même, ils ne peuvent toutefois être développés dans une étude générale des BOT

²⁷⁵ V. en ce sens Y. Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1987, p. 29 et s.

²⁷⁶ C'est ce que la sentence *Lena Goldfields* qualifie de « domestic matters » ou « matters incidental to the performance of the contract » : V. notamment Cornell LQ [1950], vol. 36, p. 42 et s.

²⁷⁷ On estime ainsi que dans le cadre du projet Eurotunnel, des zones de compétence exclusive des lois et juridictions nationales subsistaient compte tenu des implantations nationales géographiques et ce malgré certaines précautions prises par les gouvernements : J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », op. cit., p. 405.

²⁷⁸ En ce sens Cf. F. Rigaux, « Souveraineté des Etats et arbitrage transnational », in *Le droit des relations économiques internationales*, op. cit., p. 271.

²⁷⁹ On relève ainsi par exemple à propos du projet Eurotunnel que la clause de loi applicable du Traité de Canterbury s'est répandue dans les contrats du projet, à l'exception du contrat de prêt soumis au droit anglais : J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », op. cit., p. 405.

²⁸⁰ Pour M. Henri Lévy-Bruhl, « (...) les innovations vraiment importantes apportées dans un système juridique proviennent le plus souvent d'éléments étrangers qui y ont été introduits » : H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Collection Que sais-je ?, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 1976, p. 118 ; *adde* dans le même sens, H. Muir Watt qui affirme que : « La thèse, d'origine anthropologique, selon laquelle un droit donné évolue en répondant à des pressions internes, découvrant spontanément des solutions nouvelles en réponse à des besoins propres à la société concernée, tend à céder aujourd'hui devant l'hypothèse selon laquelle les changements sont sans doute majoritairement le fait d'influences extérieures et donc d'emprunts – ce qui conforterait l'idée qu'il existe une certaine perméabilité culturelle en matière juridique (n'excluant pas au demeurant des phénomènes de réaction liés à l'acculturation dans un environnement plus ou moins accueillant, telles l'hybridation, la « cross-fertilisation », voire le rejet) » : H. Muir Watt, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain » in *L'américanisation du droit*, APD, tome 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 29.

car méritant à ce titre une étude particulière. De même, les aspects de droit de la concurrence et de droit comptable ne seront que très superficiellement évoqués.

72. D'un point de vue spatial et compte tenu de l'importance des investissements pratiqués sous l'empire des concepts de *common law* ou inspirés de la pratique anglo-américaine, la seule référence aux droits romano-germaniques apparaît insuffisante et priverait notre étude d'une grande partie de son intérêt. De plus, le BOT a été progressivement mis au point et est présenté comme étant pratiqué principalement par les juristes anglo-saxons ou formés dans un système juridique influencé par la tradition juridique anglo-américaine. Il en découle qu'une bonne partie des données pratiques et théoriques sera tirée du monde anglo-américain et plus généralement de la littérature en langue anglaise, essentiellement en raison des localisations spatiales effectives des projets BOT. De telles localisations de projets nous amènent en effet à prendre en compte les importantes données pratiques et empiriques venant d'Asie (notamment de Chine, de Hong Kong et de Singapour) et d'Amérique latine, ces deux parties du monde abritant la majeure partie des projets réalisés en BOT. L'Afrique ne sera pas en reste avec notamment des projets réalisés en Côte d'Ivoire²⁸¹ et au Mozambique²⁸². De nombreuses études empiriques ont émergé de l'ensemble de ces projets qui permettront d'utilement examiner et illustrer le concept de BOT.

73. Une optique comparative s'impose également et ce pour au moins deux raisons. Tout d'abord, l'observation de la pratique du BOT incite à effectuer des incursions dans de nombreux droits étrangers, en fonction des multiples localisations de projets réalisés sous cette modalité. Une telle démarche permet de comparer indirectement les droits nationaux. Ensuite, nos points de repère se trouvent dans la famille romano-germanique et sont constitués des droits belge, français et luxembourgeois parce que plus familiers²⁸³. L'occasion nous est ainsi donnée de confronter plus directement les expériences étrangères précitées au cadre juridique de ces pays et d'observer au départ de ceux-ci la capacité ou non de systèmes nationaux à intégrer des concepts flexibles et innovants permettant de trouver un équilibre menant à une certaine idée d'harmonie et de sécurité. Pour ne pas alourdir l'étude toutefois, plutôt que de procéder à une étude comparative générale, des développements de droit comparé seront consacrés, lorsqu'ils s'avèrent utiles ou nécessaires à des points précis. Pour relever le défi que pose la présente étude, l'option a été prise pour une démarche et une structure à la fois classiques et originales.

74. Une démarche et une structure à la fois classiques et originales. Postuler *a priori* que le BOT est un instrument de coopération économique permet en réalité d'essayer de traduire dans les différents droits nationaux une réalité correspondant plus ou moins exactement au concept fonctionnel, supérieur à ces droits nationaux, qu'est le BOT. Cette vision unitaire du concept de BOT nous amène à procéder à la manière d'un

²⁸¹ La Côte d'Ivoire a en effet connu trois projets assis sur le modèle BOT dans le domaine de la production gazière (projet « FOXTROT » combinant concession gazière et électrique) et de la production indépendante d'électricité (projets « CIPREL » et « AZITO »). Pour une présentation de ces projets Cf. O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », op. cit., p. 927 et s.

²⁸² Il s'agit précisément du « Southern Africa regional gas project » déjà cité : Cf. pour des détails J. Delmon, « Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure – Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease... », Policy Research Working Paper 5173, op. cit., p. 64-66.

²⁸³ Il nous paraît en effet difficile de comprendre les droits étrangers si nous ne nous appuyons pas sur des concepts et mécanismes apprivoisés de systèmes juridiques qui nous sont familiers.

généalogiste²⁸⁴. Tout d'abord, nous tenterons de dénombrer les multiples ancêtres de la réunion desquels le concept de BOT tient son unité. Cette étape sera alors historique, prospective et quelque peu comparative. Ensuite, dénombrer les ancêtres d'un concept ne suffit pas. Il faut par ailleurs rétablir les filiations c'est-à-dire qu'il faut, à travers et au-delà le désordre apparent des représentations, définir un ordre, une certaine régularité. Cette étape sera alors technique et détaillée, s'appuyant en outre sur des études empiriques, car il s'agira d'éclairer des positions et des fonctionnements afin d'établir des corrélations et des transformations.

75. Une telle démarche imprime à l'étude sa structure : après avoir fixé le contexte général dans le cadre duquel le BOT se meut (chapitre préliminaire), nous essaierons tout d'abord de repérer les ancêtres du BOT en nous servant des représentations actuelles de ce concept (première partie). Après ce repérage préalable, nous tenterons ensuite d'établir les filiations qui aboutissent à l'unité du concept de BOT (deuxième partie).

Chapitre préliminaire : Le contexte du BOT : les partenariats public-privé (PPP) – Phénomène de mode ou nécessaire alternative entre Etat et marché dans le domaine des infrastructures et services collectifs ?

1^{ère} partie : La dualité apparente d'approche du concept de BOT

2^{ème} partie : L'unité réelle du concept de BOT : un instrument de coopération économique

²⁸⁴ Pour MM. Ost et van de Kerchove en effet, une science du droit critique doit pouvoir affronter les remises en question et tenter, en se gardant toutefois de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 17.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LE CONTEXTE DU BOT : LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ (PPP) – PHÉNOMÈNE DE MODE OU NÉCESSAIRE ALTERNATIVE ENTRE ÉTAT ET MARCHÉ DANS LE DOMAINE DES INFRASTRUCTURES ET DES SERVICES COLLECTIFS ?

“All great ideas go through three stages: In the first stage, they are ridiculed. In the second stage, they are strongly opposed. And in the third stage, they are considered to be self evident”

Arthur Schopenhauer

76. « En vertu des PPP, des services aussi fondamentaux que les écoles publiques, les hôpitaux, les prisons peuvent être gérés par des entreprises privées pour une durée de trente ans. (...) La réalité économique est tout autre : les PPP permettent à des entrepreneurs capitalistes de s’enrichir outrageusement sur le dos du public, et la gestion de ces services est essentiellement motivée par le souci du profit. Les PPP, fortement impopulaires, sont devenus le symbole du néolibéralisme décomplexé du New Labour »²⁸⁵. Telle est une des perceptions des partenariats public-privé. Pour Mme Durviaux, « Les PPP n’existent pas. Du point de vue conceptuel, il est tentant de considérer que les PPP constituent un exemple de non concept juridique, du moins en droit administratif (...) »²⁸⁶. Mme Durviaux fonde son opinion sur le fait que quels que soient les exemples qui nourrissent la réflexion des uns et des autres, les partenariats public-privé (ci-après PPP) se concrétisent nécessairement par des instruments juridiques bien connus et qui ne se déclinent pas à l’infini : actes unilatéraux (police administrative), contrats (marchés, concessions, contrats de droit commun), mise en place d’institutions (A.S.B.L, sociétés, entités publiques), financement privé (essentiellement par l’exploitation) ou public (deniers publics ou système de financement collectif)²⁸⁷.

²⁸⁵ P. Marlière, *La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste*, Bruxelles, Les éditions Aden, 2008, p. 71-72.

²⁸⁶ A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l’économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l’ULB op. cit., p. 211. Comme nous le verrons plus loin toutefois, les PPP constituent bel et bien un contrat administratif en droit français aux termes d’une ordonnance du 17 juin 2004 ; *adde* pour une analyse des PPP comme une nouvelle forme de contractualisation : N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, op. cit., p. 4 et s. L’auteur affirme ainsi que : « *In this book it is suggested that we observe partneships as a new form of contractualisation* ».

²⁸⁷ A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l’économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés », op. cit., p. 211 ; *adde* dans le même sens : D. Yernaut, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l’économie et l’organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l’ULB op. cit., p. 177. Pour cet auteur, le PPP emprunte très souvent des habits connus. Il en veut pour preuve le fait que le contrat de *Build, Own, Operate and Transfer* (BOOT) conclu entre la Région de Bruxelles-Capitale et le consortium Aquiris concernant la gestion de la station d’épuration Nord de Bruxelles a pu être qualifié, par la Cour des comptes, de marché de concession de travaux nonobstant le cumul des opérations de construction, de gestion et de transfert de propriété à l’autorité concédante à la fin du contrat.

77. Les partenariats public-privé²⁸⁸ semblent d'emblée une notion controversée²⁸⁹. Cette controverse pourrait s'expliquer par le fait que les PPP se situent entre les activités des pouvoirs publics – c'est-à-dire les prestations au profit de la société dans son ensemble – et la logique de marché c'est-à-dire celle de l'échange de biens, de services et de capitaux moyennant le paiement d'un prix. Le marché des capitaux constitue le terrain de prédilection de cette logique de marché, laquelle tend à faire des apporteurs de capitaux des participants incontournables au financement de projets, que ceux-ci soient privés ou publics²⁹⁰. Les PPP tendent par conséquent à concilier, dans la mesure du possible, logique de marché et prestations au bénéfice de la société d'où la controverse²⁹¹.

78. Force est cependant de constater que les PPP sont une réalité contemporaine, même si leur existence juridique semble contestée²⁹². Dès lors, qu'entend-t-on par partenariats public-

²⁸⁸ Sur les Partenariats public-privé (PPP) en général Cf. : K.E.Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, Paris, éditions OCDE, 2008 ; B. Akitoby, R. Hemming, et G. Schwartz, *Investissements publics et partenariats public-privé*, Washington, Fonds monétaire international, 2007 ; F. Marty, *Les partenariats public-privé*, Paris, La découverte, 2006 ; Institut de la gestion déléguée (IGD), *Les partenariats public-privé en France*, Paris, IGD, 2006 ; B. Lombaert (direction scientifique), *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005 ; D. Grimsey, and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2005 ; J.-Y. Perrot and G. Chatelus (eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, Paris, Presses de l'école nationale des ponts et chaussées, 2002 ; E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York/London, Chatam House Publishers, 2000 ; P. Lignières, *Partenariats public-privé*, Paris, LexisNexis/Litec 2005 ; D.Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB, vol. 33, 2006, p.69 et s. A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p.207 et s. ; F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics » in Revue de la recherche juridique (R.R.J.), 2005/1, p.337 et s. ; P.-E. Noël, « Le partenariat public-privé (PPP), technique de réalisation et de financement des équipements publics », J.T., 2005, p. 369 et s., *Idem* : « Le partenariat public-privé et le financement de projets d'infrastructure dans l'Union européenne » in Droit bancaire et financier au Luxembourg, avril 2004, p. 881 et s. ; B. Martor et S. Thouvenot, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », RDAI, n° 2, 2004, p.111 et s. ; M. Sarmet, « Les financements en partenariat public/privé » in Banque n° 517, juin 1991, p. 599-604.

²⁸⁹ Pour M. Yernault, il s'agit d'un fourre-tout au sein duquel il n'est pas innocent de pouvoir regrouper la plupart des formes juridiques de l'économie mixte ou des marchés classiques même si ces PPP revêtent une grande complexité : D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 180-181 ; *adde* : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 9 pour qui il s'agit d'une notion à caractère incantatoire et rhétorique, voire simplement publicitaire.

²⁹⁰ En ce sens Cf. G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in N. Thirion (coord.), *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 10.

²⁹¹ La tension qui naît de la confrontation de ces deux logiques devrait être dynamique puisqu'elle permet au système de s'adapter et non point de rompre comme c'est le cas des systèmes régis par une seule logique d'organisation.

²⁹² Mme Durviaux constate elle-même que si les PPP n'existent pas en droit, ils restent néanmoins un phénomène notable dans la discipline juridique et plus singulièrement dans le cadre de l'évolution contemporaine du droit public de l'économie : A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » op. cit., p. 215, n° 8. Pour un autre auteur, « *le partenariat public-privé n'est pas une discipline juridique et ne doit pas le devenir. C'est un sujet pratique : il s'agit de réaliser des projets* » : P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Paris, LexisNexis/Litec, 2^{ème} édition, 2005, avant-propos.

privé ? En quoi se distinguent-ils des modes connus de réalisation ou d'exécution des services ou de réalisation des infrastructures collectifs et comment sont-ils mis en œuvre ? C'est à toutes ces interrogations qu'il s'agit de répondre dans ce chapitre préliminaire dans la mesure où les *Build Operate and Transfer* (BOT), objet de cette étude, s'inscrivent dans le cadre des PPP dont ils constituent une modalité.

79. Après un bref rappel historique de la naissance des partenariats public-privé ainsi que leur évolution (Section I), un essai de définition du concept sera proposé de sorte à le distinguer des notions voisines (Section II). Les caractéristiques des PPP pourraient alors être précisément identifiées et leur nature juridique appréhendée (Section III). Il conviendra enfin d'examiner leurs apports et limites réels ou potentiels dans l'économie des biens et services collectifs (Section IV). Malgré les différentes variantes ou formes de PPP, aussi bien le pluriel que le singulier seront indifféremment utilisés dans le cours de cette étude pour désigner ce concept.

SECTION I : NAISSANCE ET ÉVOLUTION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

80. L'association des personnes privées aux fins d'utilité publiques poursuivies par les pouvoirs publics semble remonter à l'antiquité et concerne de nombreux domaines²⁹³. M. Lignières relève ainsi que dans l'antiquité romaine, les équipements portuaires, les marchés et les établissements thermaux étaient exploités sous le régime de la concession²⁹⁴. Depuis le XVII^{ème} siècle en France par exemple, la concession est utilisée pour la construction des ponts et des canaux²⁹⁵. Certains auteurs affirment dès lors que le modèle français de délégation de service public, et plus particulièrement la concession, a été pendant longtemps le support traditionnel de nombreux partenariats entre le secteur public et le secteur privé pour la gestion de services publics et/ou l'exploitation des infrastructures de l'Etat²⁹⁶. En Belgique également, on relève que les embryons de sécurité sociale après 1886 reposent sur la convergence du droit étatique et des initiatives coopératives²⁹⁷.

²⁹³ Pour d'amples développements sur la question V. *infra* n° 217 et s. ; *adde* toutefois en ce sens : F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », in RRJ, 2005-1, p. 339 ; G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 21.

²⁹⁴ P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Paris, Litec, op. cit., p. 5.

²⁹⁵ Pour un bref rappel historique de la naissance et de l'évolution de la concession, Cf. *infra* n° 217 et s. Pour MM. Grimsey et Lewis toutefois, "PPP's have been used in France to privately finance public infrastructure since the 17th century, when the French Concession Model was pioneered. The first concession contracts were awarded for the financing and construction of the 'Canal de Briare' in 1638 and 'Canal du Midi' in 1666": D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2005, p. xiii (Introduction); *adde*: Ch. De Perthuis, « Quelle ingénierie au service du développement des territoires en France? » in *Développement des territoires : quels outils financiers pour le partenariat public-privé ?*, Documentation française, 2003, p. 80. Pour un examen détaillé de l'évolution de ce modèle en droit français Cf. notamment : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999 ; Institut de la gestion déléguée (IGD), *Les problèmes actuels des concessions d'infrastructures, Propositions de solutions*, Rapport du groupe de travail, avril 1999. Certaines publications de cet institut sont consultables en ligne sur le site : <http://www.fondation-igd.org>

²⁹⁶ B. Martor et S. Thouvenot, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française » in RDAI, 2004, n° 2, p. 111.

²⁹⁷ D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 82.

81. Si la littérature sur les PPP semble récente²⁹⁸, le phénomène en soi ne paraît donc pas être une nouveauté²⁹⁹. Qualifié par certains auteurs de « pseudo-découverte »³⁰⁰, il semblerait qu’il s’agisse d’un renouveau, lequel s’explique principalement par les restrictions budgétaires des Etats³⁰¹, l’accroissement des besoins en infrastructures ainsi que le souci d’efficacité lié en partie aux mutations technologiques³⁰². Selon certains auteurs, des raisons idéologiques expliqueraient également le renouveau des PPP : le déficit de légitimité de l’Etat et l’affirmation du principe de subsidiarité conduiraient ainsi à ce que les acteurs sociaux soient systématiquement associés à la mise en œuvre des actions publiques et à la fourniture des services d’intérêt collectif³⁰³. Pour l’OCDE, les gouvernements ont mis en place les PPP pour, d’une part, augmenter le rendement des fonds engagés dans les projets de prestation de services publics ou, d’autre part, associer des financements privés à de tels projets³⁰⁴. En tout état de cause, la doctrine affirme qu’il est indéniable que le phénomène des partenariats public-privé est porteur d’innovations qui ne trouvent que peu d’antécédents historiques³⁰⁵. Bien plus, la notion de partenariat public-privé est de plus en plus en présente dans les institutions internationales³⁰⁶, dans les discours politiques et surtout dans les publications économiques et juridiques³⁰⁷. A ce titre, il importe qu’elle soit correctement définie et distinguée des notions voisines.

²⁹⁸ Grimsey et Lewis affirment que le premier article qu’ils ont édité à ce sujet a été publié en 1988 : D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. xiii (Introduction).

²⁹⁹ En ce sens, Stephen H. Linder, “Coming to Terms with the Public-Private Partnership” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 75; *adde*: N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, op. cit., p. 1.

³⁰⁰ P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges – L’irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211.

³⁰¹ La crise économique et financière actuelle ne change rien à cet état des choses : les Etats n’ont pas des ressources illimitées et même le recours à la « planche à billets » ne saurait masquer cette réalité. L’exemple récent du Zimbabwe l’a illustré à suffisance, car si l’on peut tenter de couvrir les déficits publics par des avances donnant lieu à une création supplémentaire de la monnaie – opération qui n’a en principe pas d’effet immédiat sur le taux d’intérêt ou sur le montant de l’investissement privé – on peut en revanche difficilement maîtriser les tensions inflationnistes qui entraînent un prélèvement sur la valeur réelle des actifs.

³⁰² Cf. en ce sens A. Ribault, “Lessons from the French Experience in Public and private Partnership” in D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 511.

³⁰³ En ce sens, J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 25.

³⁰⁴ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, Paris, OCDE, 2008, p. 11.

³⁰⁵ P. Cossalter, *Les délégations d’activités publiques dans l’Union européenne*, Paris, LGDJ, 2007, p. 3.

³⁰⁶ Rapport OCDE 2008 précité ; Livre vert de la Commission européenne sur les Partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ; Rapport du Conseil économique et social de l’Organisation des Nations Unies (Document HBP/WP.7/2005/8 du 6 juillet 2005) ; « The Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Project » de l’Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI) précité ; « Guide législatif sur les projets d’infrastructures à financement privé » (2001 et 2003) de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI).

³⁰⁷ Pour M. François Tulkens, le PPP est un outil de longue portée juridique qui suscite un intérêt quasi-planétaire : F. Tulkens, « Les partenariats public-privé : six constats critiques en guise de conclusions » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 393 ainsi que la référence citée en note 19 ; *adde* pour un panorama mondial du développement des PPP : F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », op. cit., p. 340-349.

SECTION II : DÉFINITION DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ ET DISTINCTION D'AVEC LES NOTIONS VOISINES

82. L'unanimité ne s'est pas faite en doctrine au sujet de la définition des PPP, ce qui impose de prendre position à ce sujet (sous-section 1). Une définition n'ayant de l'intérêt que pour autant qu'on en tire des conséquences, définir les PPP nous permettra de les distinguer des notions voisines (sous-section 2).

Sous-section 1 : Définition des partenariats public-privé

83. Pour M. Linder, la déconstruction de l'idée de partenariat laisse apparaître deux objectifs : un objectif stratégique et un objectif normatif³⁰⁸. L'auteur affirme alors qu'il y a au moins six usages du terme partenariat public-privé: ("P-P partnership as management reform", "P-P partnership as a problem conversion", "P-P partnership as a moral regeneration", "P-P partnership as a risk shifting", "P-P partnership as restructuring public service", "P-P partnership as power sharing")³⁰⁹. Le concept de partenariat public-privé paraît donc polysémique et protéiforme d'où une distinction, établie par la Commission européenne entre PPP contractuels et PPP institutionnels (I). Au-delà de cette distinction et suivant en cela une tendance doctrinale non négligeable, il paraît important de donner une définition unitaire à ce concept (II).

I- La distinction opérée par la Commission européenne

84. Le « livre vert » de la Commission européenne³¹⁰ établit une distinction entre, d'une part, les PPP contractuels et, d'autre part, les PPP institutionnels (A). La doctrine belge suit généralement cette *summa divisio*³¹¹. Si cette distinction revêt une grande importance au regard de l'application de la réglementation européenne des marchés publics, elle est toutefois floue et délicate en pratique (B).

A- Les PPP contractuels et les PPP institutionnels

85. Les PPP contractuels sont, du point de vue de la Commission européenne, tous les partenariats fondés exclusivement sur des liens contractuels entre les différents partenaires. Ils reposeraient par conséquent sur un contrat, par exemple un contrat de concession. Par PPP institutionnels (PPPI), la Commission européenne entend « *une coopération entre des partenaires publics et privés qui établissent une entité à capital*

³⁰⁸ Stephen H. Linder, "Coming to Terms with the Public-Private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 82.

³⁰⁹ Ibid. p. 82-88. Linder ajoute que: "Each use makes a claim about what partnerships are and conveys an understanding of their intended purpose and significance. Moreover, each use invokes certain premises about what the relevant problems are to be solved and how best to solve them": Stephen H. Linder, "Coming to Terms with the Public-Private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 82; *adde* pour une analyse sémantique des partenariats: N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, op. cit., p. 31 et s.

³¹⁰ Livre vert de la Commission européenne sur les Partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 30 avril 2004 disponible sur le site internet :

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp

³¹¹ K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 37 et s.; P.-E. Noël, « Le partenariat public-privé (PPP), technique de réalisation et de financement des équipements publics » in J.T., 2005, n° 6183, p. 370 ; *adde* : B. Lombaert, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Chartre, 2005, p. 6 et les références citées en note 11.

mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions »³¹². Selon la Commission, l'apport privé aux travaux du PPPI consiste, hormis la contribution aux capitaux ou aux autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de ladite entité³¹³. Cette entité commune pourrait soit être créée spécialement pour les besoins du projet de partenariat, soit préexister audit projet³¹⁴.

B- Intérêt et limites de la distinction

86. La distinction opérée par la Commission paraît fondamentale au regard du droit de l'Union européenne. Elle conditionne en effet l'application de la réglementation européenne des marchés publics³¹⁵. Ainsi, les PPP purement contractuels sont soumis à la réglementation européenne relative aux marchés publics, et par voie de conséquence aux modes de passation imposés, dès lors que le partenaire public est un pouvoir adjudicateur au sens où l'entendent les directives sur les marchés publics³¹⁶.

87. En pratique cependant, la mise en œuvre du PPPI dans le cadre de cette réglementation européenne des marchés publics semble susciter de nombreuses difficultés comme nous le verrons plus loin. Pour cette raison, la Commission européenne a cru devoir adopter une communication interprétative, relative à l'application du droit de l'Union en matière de marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés³¹⁷. Selon la Commission, cette communication se justifie par le fait que l'incertitude juridique qui entoure la participation de partenaires privés à des PPPI peut nuire à la formule voire même la rendre impossible³¹⁸. La communication de la Commission ne paraît nullement avoir dissipé le flou qu'entraîne, sur le plan pratique, la distinction ainsi opérée entre les PPP contractuels et les PPP institutionnalisés. Les conséquences qui en découlent, notamment par rapport à la question de la relation contractuelle entre l'entité commune et le partenaire public dite « relation in house »³¹⁹, ont fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine³²⁰. Pour rappel, la commission se référant à l'arrêt *Stadt Halle*³²¹

³¹² Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008 : C(2007)6661, p. 2 consultable sur http://www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/ppp_fr.htm

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Ibid. p. 4-5 ; *adde* : K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 48.

³¹⁵ En ce sens, K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 37.

³¹⁶ Il s'agit des directives européennes 93/37/CEE, 92/50/CEE et 2004/18/CE. Cf. également en ce sens, K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 38 et 39.

³¹⁷ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés du 5 février 2008 précitée.

³¹⁸ Ibid. p. 3.

³¹⁹ La jurisprudence *Teckal* de la Cour de Justice (Affaire C-107/98 du 18 novembre 1999, Rec., 1999, I, p. 8121) précisée par l'arrêt *Stadt Halle* (Affaire C-26/03 du 11 janvier 2005, Rec. 2005, I-1) indique qu'une entité mixte ne peut être chargée par une personne publique d'effectuer des tâches d'intérêt général sans mise en concurrence préalable même si son actionnaire public est majoritaire.

³²⁰ Cf. notamment, P. Nihoul, « Les marchés publics dans l'Union européenne (2009) », in JDE, chr. 2010, p. 282-284 ; *adde* : A.-L. Durviaux et N. Thirion, « Les modes de gestions des services publics locaux, les marchés publics et le droit communautaire » in JTbe, 2004, n° 27, p. 17-27 ; D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 166 et s. ; M. Peltier, « Les prestations 'in house' entre un pouvoir adjudicateur et une société à la poubelle ? », note sous CJCE 10.11.2005 in *Les petites Affiches*, 19 janvier 2006, n° 14, p. 6-15. Cet auteur relève notamment (p.12) que si l'on suit le raisonnement de la Cour dans cette affaire, « un pouvoir adjudicateur, qui participerait seul au

souligne que « *La CJCE a constaté qu'une participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital de la société à laquelle participe également l'entité adjudicatrice en cause exclut en tout état de cause la possibilité d'une relation 'interne' (in house) à laquelle la législation relative aux marchés publics ne s'applique en principe pas, entre cette entité adjudicatrice et cette société* »³²². Il s'ensuit que la constitution d'entités mixtes entre partenaires public et privé ne peut se faire qu'après un appel préalable à la concurrence³²³.

88. Plus profondément, ces PPP dits institutionnels s'apparentent aux très classiques entreprises d'économie mixte³²⁴. La Commission précise d'ailleurs dans sa communication du 5 février 2008 précitée que dans les Etats membres, des terminologies et schémas différents (tels les *Kooperationsmodell*, les *joint ventures*, les sociétés d'économie mixte) sont utilisés³²⁵. Dans ce contexte, force est de constater que c'est toute la philosophie des entreprises d'économie mixte qui semble remise en cause par le droit de l'Union européenne³²⁶. Celui-ci ne semble faire aucun cas du libre choix du partenaire à l'effet de constituer une entreprise d'économie mixte³²⁷. Or, ce libre choix combiné aux autres mécanismes de l'entreprise d'économie mixte en fait un instrument particulier (voir *infra* n^{os} 129 à 138) que la conception du droit de l'Union européenne ne peut que

capital d'une société, n'exercerait pas sur la société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services dès lors que s'appliquent les règles habituelles du droit des sociétés. Il faudrait que les règles applicables donnent à l'associé public des pouvoirs plus importants que ceux qui sont généralement reconnus aux associés ».

³²¹ Arrêt *Stadt Halle*, Affaire C-26/03 du 11 janvier 2005, Rec. 2005, I-1.

³²² Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés du 5 février 2008, op. cit., p. 4 où la Commission souligne également que selon la CJCE (Affaire C-410/04, ANAV, Rec. 2006, p. I-3303, points 30 et s.) ce qui compte au regard du droit des marchés publics n'est cependant pas seulement la participation effective d'un tiers au capital d'une entreprise publique, mais déjà la volonté d'une entité adjudicatrice d'ouvrir à l'avenir le capital d'une filiale au secteur privé. Ceci voudrait dire que l'attribution interne d'un marché public ou d'une concession à une entreprise publique est exclue si l'intention est d'ouvrir le capital de celle-ci aux entités privées pendant la période d'exécution de ces contrats.

³²³ Ibid. p. 5.

³²⁴ C'est ce que semble confirmer E. Muller dans un article intitulé : « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? » in *Contrats et Marchés publics* n° 2, fév. 2010, étude 2 également disponible sur la base de données LexisNexis.

³²⁵ Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés du 5 février 2008, op. cit., p. 2 note 4.

³²⁶ On soulignera, peut-être à raison, que les Etats membres et juristes de droit interne sont incités à la relecture de leurs propres catégories à la lumière du droit communautaire : en ce sens Cf. L. Soubelet, « Le clivage actes publics/actes privés à la lumière du droit communautaire : l'exemple de la distinction entre contrats publics et contrats privés », *Petites Affiches*, mars 2005, n° 54, p. 17

³²⁷ Pour Mme Déom, les pouvoirs publics doivent conserver la liberté de choix du partenaire privé avec lequel ils entendent s'associer pour entreprendre une activité et, par conséquent, la logique du marché public ne peut se confondre avec la définition d'une relation associative tout comme la logique de mise en concurrence obligatoire ne saurait être érigée en règle absolue : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 229 ; *adde* : E. Muller, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », op. cit. où l'auteur affirme que l'idée que la négociation entre les « futurs partenaires » constitue une condition « absolument indispensable » au succès des partenariats public-privé paraît particulièrement justifiée s'agissant de partenariats « institutionnalisés » dans la mesure où il se conçoit difficilement qu'un opérateur privé accepte de s'engager dans un PPPI sans avoir pu, au préalable, mener une discussion avec son futur associé public, notamment sur la répartition du pouvoir au sein de la société et des modalités de son exercice (les différentes expressions sont soulignées par l'auteur).

gauchir³²⁸. Pour un auteur d'ailleurs, « *La validation de ce genre de P.P.P.I. (...) présente néanmoins un inconvénient à savoir le caractère figé de la future société mixte dû aux balises mises par la Cour* »³²⁹. On a alors considéré que le Groupement d'intérêt public (GIP) constitue l'une des seules, voire la seule, modalité de véritable « partenariat » institutionnel entre personnes publiques et privées³³⁰.

89. De manière plus décisive, le recours au PPPI tel que l'entend la Commission pose également de sérieuses difficultés techniques. En effet, le PPPI est perçu comme obscurcissant la répartition optimale des risques entre les partenaires public et privé, outre de rendre complexe le financement externe non consolidant³³¹ de la dette publique³³². Pour M. Sarmet, il s'agirait d'ailleurs d'une débudgétisation³³³ et non d'un financement par le secteur privé d'ouvrages publics³³⁴. Le PPPI paraît également de nature à porter atteinte à la possibilité de sanction³³⁵ – voire même de substitution – que doit préserver le

³²⁸ On remarquera que c'est moins le caractère flexible de cette structure – les participations dans les entreprises d'économie mixte sont en effet aisément cessibles par opposition à la création ou la privatisation d'entreprises publiques – qui est mise en avant par le droit de l'Union européenne que le souci d'éviter que les entités adjudicatrices puissent « *recourir à des manœuvres visant à masquer l'attribution de marchés publics de services à des entreprises d'économie mixte* » : Cf. Affaire C-29/04, Commission c/ Autriche, Rec., 2005, p. I-9705, point 42.

³²⁹ P. Nihoul, « Les marchés publics dans l'Union européenne (2009) », op. cit., p. 284.

³³⁰ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 340 ainsi que la référence citée. (C'est l'auteur qui souligne l'expression partenariat dans le texte).

³³¹ Dans l'Union européenne, les Etats membres sont tenus d'éviter les déficits publics excessifs en vertu de l'article 126 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 104 du Traité instituant la Communauté européenne). La Commission européenne qui est chargée de veiller à l'application de cette disposition surveille l'évolution de la situation budgétaire ainsi que le montant de la dette publique des différents Etats membres. A cet effet un système européen de comptes (SEC95) a été mis en place afin d'obtenir des données statistiques comparables dans l'Union européenne. Le SEC95 définit le cadre conceptuel de référence qui s'impose juridiquement dans l'Union pour déterminer les éléments qui sont consolidés dans les comptes publics et qui sont pris en compte dans la définition de la dette publique et du déficit public.

³³² En ce sens, P.-E. Noël, « Le partenariat public-privé (PPP), technique de réalisation et de financement des équipements publics » in JTbe, 2005, n° 6183, p. 371. S'interrogeant sur le point de savoir si le PPPI ne tend pas à instaurer un contrôle de la personne publique sur l'opération qui serait incompatible par sa nature avec la stratégie d'externalisation qui constitue la raison d'être même des PPP, M. Muller relève non seulement un risque d'une ingérence dans la gestion de l'opérateur partenaire, mais également un risque de perturbation de la stratégie des PPP (dans cette dernière hypothèse l'auteur pose deux questions fondamentales à savoir : d'une part, qui de la personne publique ou de son partenaire supporte effectivement le risque lorsque le titulaire du contrat est une entité mixte au sein de laquelle tous les deux sont organiquement associés et, d'autre part, la question de savoir si la personne publique résistera à la tentation de secourir l'entité mixte en cas de difficultés financières) : E. Muller, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », op. cit.

³³³ La débudgétisation consiste à financer des dépenses en dehors du budget – le plus souvent à l'aide d'emprunts contractés par un organisme (public) tiers – mais le service financier de ces dépenses incombe en fin de compte au budget.

³³⁴ M. Sarmet, « Les financements en partenariat public/privé », in Banque n° 517, juin 1991, p. 603. L'Etat pourrait alors aisément faire recours à ce type de structure pour échapper aux contraintes de droit public, en matière budgétaire notamment (voir *infra* les développements consacrés aux dangers du PPP quant aux finances publiques).

³³⁵ Ainsi par exemple, aux termes de l'article 18 de la loi camerounaise n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat est-il prévu que : « (1) *La personne publique est fondée à prendre des sanctions à l'encontre du cocontractant fautif, sans préjudice des poursuites judiciaires contre celui-ci, s'il est constaté, après notification du contrat ou à tout moment de son exécution, que :*

- *le partenaire a volontairement dissimulé ou manipulé les informations ayant déterminé sa sélection ;*
- *les clauses du contrat ne sont pas respectées de son fait.*

(2) *Les sanctions applicables et la procédure y relative sont déterminées par décret. »*

partenaire public en cas de défaillance du partenaire privé³³⁶. Or, le rôle du contrat (le « project agreement » ou convention générale) est de répartir et de définir précisément aussi bien les risques que les obligations financières de chacune des parties dans le cadre d'un P.P.P³³⁷. Dans un BOT par exemple, c'est le contrat de BOT qui constitue la charnière de l'opération, même si une entité *ad hoc* (la société du projet) peut être constituée aux fins de réalisation de ladite opération. Le partenaire public n'est d'ailleurs pas nécessairement ou systématiquement associé à cette entité *ad hoc*, laquelle est bien souvent constituée entre les promoteurs et les financiers du projet³³⁸. En dernière analyse, la distinction entre PPP contractuels et PPP institutionnels telle que consacrée par le droit européen paraît ambiguë, mais surtout sans pertinence dans le cadre de cette étude – à vocation générale – consacrée au BOT. Dans la perspective d'une définition globale des partenariats public-privé au sens où ceux-ci constituent le cadre général de mise en œuvre de projets d'intérêt collectif, il conviendrait d'appréhender lesdits partenariats comme un concept unitaire.

II- Essai de définition des partenariats public-privé

90. « *Le PPP ; qu'il soit purement contractuel ou institutionnalisé sous forme de société conjointe, laisse et le chercheur – sceptique sur sa catégorisation juridique – et le politique – qui ne voit dans le secteur privé un meilleur planificateur que le public – qui coexistent en moi relativement dubitatifs* »³³⁹. Entreprendre une définition unitaire des PPP ne semble par conséquent pas dépourvu d'intérêt, étant entendu qu'une définition ne se justifie que pour autant que l'on puisse en tirer des conséquences.

91. Outre ses emportements quelque peu délétères, si le marché fait parfois preuve de myopie et peine souvent à inscrire son cours dans des perspectives de long terme, les choses sont loin d'être parfaites du côté de l'Etat ou, plus généralement, des personnes publiques. A propos des qualités de planificateur des personnes publiques, un auteur observe en effet que « *le temps du politique étant le très court terme, les gestionnaires manquent souvent de la stabilité et de la visibilité suffisantes pour mettre en œuvre leur programme* »³⁴⁰. D'un autre côté, la planification elle-même serait devenue un simple énoncé de perspectives que l'Etat, ayant renoncé à faire œuvre de visionnaire pour se contenter d'un

³³⁶ Un rachat forcé de titres ou *squeeze-out* est-il envisageable au titre de sanction de la défaillance du partenaire privé ? On remarquera que cette question elle-même découle du préjugé favorable que le partenaire public ne saurait être défaillant puisqu'il n'a d'autre but que « l'intérêt public », ce qui ne constitue ni un argument dirimant ni une réalité empirique.

³³⁷ Xavier Bezançon relève à ce propos que la montée de l'économie mixte a eu pour effet de brouiller la notion même de cocontractant (et accessoirement celle d'affectio societatis) : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux publics et de services publics – Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999, p. 408.

³³⁸ Pour l'OCDE, il est fréquent qu'un PPP fonctionne au moyen d'une Entité à finalité spécifique (EFS), laquelle est habituellement un consortium d'institutions financières et de sociétés privées responsables de toutes les activités du P.P.P (y compris la coordination du financement et de la fourniture des services) : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 22 ainsi que les références citées. La principale difficulté que peut susciter la création d'une telle entité *ad hoc* est celle du conflit d'intérêts entre ses participants. Nous analyserons la question dans la deuxième partie de notre étude lors des développements consacrés au choix et au fonctionnement de la 'société de projet' dans le cadre d'un BOT.

³³⁹ D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 159.

³⁴⁰ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences po et Dalloz, 2004, p.309.

rôle de stratège, s'assigne avant tout à lui-même³⁴¹. Bien plus, on observe avec quelque pertinence que les Etats ne sont pas des parties désintéressées, mais représentent une agrégation d'agences et d'organismes, souvent en conflit, dont les objectifs et les programmes de politique sont différents³⁴².

92. Plus fondamentalement, si les PPP suscitent scepticisme, c'est du doute, de la remise en cause des vérités acquises que naissent la raison, la créativité et l'innovation. C'est un tel doute – quant aux opinions sceptiques sur les PPP – qui nous pousse à examiner plus avant le phénomène des PPP. Pour M. Bruno Lombaert par exemple, la notion de P.P.P ne constitue pas une notion juridique ou technique précise³⁴³. Il s'agirait d'un concept fonctionnel, de nature économique, qui viserait à encourager la collaboration du secteur public et du secteur privé : d'un point de vue juridique, elle ne serait qu'une notion générique car regroupant un grand nombre de figures différentes qui ne sont pas toutes neuves³⁴⁴.
93. D'autres auteurs définissent la notion de PPP selon qu'elle est entendue au sens large ou dans son sens strict. Au sens large, il s'agirait de l'ensemble des accords par lesquels les acteurs privés se trouvent, d'une manière ou d'une autre, associés à l'action publique³⁴⁵. Au sens strict par contre, le PPP serait la collaboration de l'Etat ou de ses démembrements et des entreprises privées autour de projets communs³⁴⁶. Dans ce dernier cas, le PPP constituerait une forme plus poussée d'imbrication entre public et privé, mais à partir d'une ambition plus limitée³⁴⁷. Pour un autre auteur, les PPP constituent une opération qui combine le déploiement des fonds du secteur privé, et parfois ceux du secteur public, afin

³⁴¹ J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1994, p. 11. Cet auteur relève qu'en un demi-siècle, le culte de l'Etat-prophète a laissé la place à la vision désenchantée d'un Etat qui doit renoncer à s'affirmer apte à maîtriser l'incertitude de l'univers économique (...): idem p. 118.

³⁴² OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 120. Adde : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 192 où l'auteur précise que « La puissance publique est, en partie, un leurre. Sans même évoquer les dimensions philosophiques, politiques et sociologiques de la question, il est un constat que peut faire tout observateur de la vie publique : les décisions politiques sont fortement influencées par les milieux économiques et sociaux, par les 'forces vives' des secteurs concernés, par les lobbies, parfois même par une grande entreprise ».

³⁴³ B. Lombaert, « Introduction générale » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 5, préc. n° 3.

³⁴⁴ Ibid. ; adde : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 7 où l'auteur affirme que : « Ce n'est pas une notion juridique, mais une modalité d'identification d'un ensemble de pratiques coordonnées qui répondent imparfaitement aux définitions anciennes des marchés publics et des concessions » ; dans le même sens : D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 525 où ces auteurs affirment qu'il n'existe pas de signification précise des PPP, l'expression recouvrant une multiplicité de figures juridiques et économiques et de leurs combinaisons.

³⁴⁵ C'est cette définition large qu'adopte Mme Déom pour qui le PPP est une organisation complexe et durable de comportements concertés entre une personne de droit public et une entreprise privée : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 191 ; adde : E. Muller, « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », op. cit. où l'auteur définit les PPP comme l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques ayant pour objet de confier à des opérateurs économiques le préfinancement total ou partiel ainsi que la réalisation et l'entretien ou l'exploitation d'investissements publics.

³⁴⁶ En ce sens, J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 25-27 ; adde : P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Paris, Litec, op. cit., p. 1-2.

³⁴⁷ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 27.

d'améliorer les services publics ou de gérer les actifs du secteur public³⁴⁸. M. Noël définit quant à lui le PPP comme une « *Technique d'ingénierie juridico-financière par laquelle une personne publique charge une entreprise privée de construire, financer et exploiter, en assumant certains risques et en percevant, de l'usager final ou de l'autorité publique, une rémunération liée à l'exploitation de cette infrastructure* »³⁴⁹.

94. Certaines législations consacrent également une définition des PPP. En Belgique par exemple, le décret flamand du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé³⁵⁰ définit le projet PPP en son article 2.1° comme étant : « *Un projet réalisé par des parties de droit public et de droit privé, conjointement, et dans le cadre d'un partenariat en vue d'obtenir une valeur ajoutée pour ces parties* »³⁵¹. En France, l'ordonnance du 17 juin 2004 adoptée en exécution d'une loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit crée des « contrats de partenariats » encore appelés « contrats globaux » définis comme étant des « *contrats administratifs par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* »³⁵². Cette définition distingue ainsi en droit français les contrats de partenariats des marchés publics ou des formules de gestion déléguée³⁵³, même si d'aucuns estiment que c'est par défaut qu'un

³⁴⁸ "Public-private partnerships (PPPs) combine the deployment of private sector capital and, sometimes, public sector capital to improve public sector services or the management of public sector assets": Michael B. Gerrard, "Public-Private Partnerships: what are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?" in D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 4.

³⁴⁹ P.-E. Noël, « Le partenariat public-privé et le financement de projets d'infrastructures dans l'union européenne » in *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2004, p. 884-885. L'auteur précise cependant qu'il se peut quelque fois que le PPP ne concerne que l'exploitation d'une infrastructure, situation qui correspondrait à la convention d'affermage en droit français ou au contrat « O&M » (*Operate and Manage*) dans le contexte anglo-saxon. Cette hypothèse soulève, selon cet auteur, des questions spécifiques et la dimension du financement privé est ici accessoire puisque l'infrastructure existe déjà.

³⁵⁰ Moniteur Belge, 19 août 2003, p. 46-497. Sur ce décret Cf. : D. D'hooghe, « L'organisation des partenariats public-privé (PPP) : l'expérience de la Flandre » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 159 et s. ; D. D'hooghe et F. Vandendriessche, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, la Charte, 2003 ; S. Van Garsse, « Publiek-private samenwerking in Vlaanderen. Een blik op het Vlaams kenniscentrum en een analyse van het PPS-Decreet », R.W., 2004, p. 721 et s.

³⁵¹ Chacun des éléments de cette définition fait l'objet d'un commentaire détaillé dans l'exposé des motifs de ce décret, Cf. : *Doc. Parl. Flamand*, 2002-2003, n°1722/1, p. 4 et s.

³⁵² Une loi camerounaise n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat (JORC 01.01.2007) définit ces derniers en des termes similaires. Aux termes de l'article 2, 2 de cette loi, « *Le contrat de partenariat est un contrat par lequel l'Etat ou l'un de ses démembrements confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, la responsabilité de tout ou parties des phases suivantes d'un projet d'investissement : la conception des ouvrages ou équipements nécessaires au service public ; le financement ; la construction ; la transformation des ouvrages ou des équipements ; l'entretien ou la gestion* ».

³⁵³ Pour l'Institut de la gestion déléguée (IGD), le contrat de partenariat public-privé est « *un contrat de long terme par lequel la puissance publique décide de confier à des entreprises généralement privées la mise en œuvre d'une mission d'intérêt général* » : IGD, *Les partenariats public-privé en France, une solution au service de la qualité et de la performance*, Paris, décembre 2006, p. 2. L'IGD précise alors que ce contrat peut prendre des formes variées, notamment, la délégation de service public, le contrat de partenariat ou les contrats assimilés (exemples des baux emphytéotiques administratifs ou la location avec option d'achat). Cette définition de l'IGD est par conséquent une définition *lato sensu* de la notion de partenariat.

contrat de partenariat s'est constitué en droit français³⁵⁴. Une loi du 29 mai 2009 a introduit en droit luxembourgeois le procédé de PPP³⁵⁵. Cette loi ne donne cependant pas de définition dudit procédé dont elle autorisait surtout la mise en œuvre concrète³⁵⁶.

95. Partant du constat que la clarté n'a encore été faite ni sur la définition des PPP, ni sur les liens entre la faisabilité financière, les limitations budgétaires et l'accès au financement privé, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) définit les PPP dans son rapport 2008 comme étant : « *Un accord entre l'Etat et un ou plusieurs partenaires privés (parmi lesquels figurent éventuellement les opérateurs et les financiers) en vertu duquel les partenaires privés fournissent un service selon des modalités qui permettent de concilier les buts de prestation poursuivis par l'Etat et les objectifs de bénéfice des partenaires privés, l'efficacité de la conciliation dépendant d'un transfert suffisant du risque aux partenaires privés* »³⁵⁷.
96. A l'aune de ces définitions et sur la base des opinions avancées par la doctrine, le partenariat public-privé peut être entendu comme tout accord global et de long terme entre l'Etat ou ses démembrements et un ou plusieurs partenaires privés en vertu duquel les partenaires privés, tout en assumant tous les risques qu'ils sont à même de mieux prévenir ou couvrir, associent leurs ressources ou leur expertise à ceux de leur cocontractant en vue d'obtenir ou de fournir des actifs et/ou des services publics selon des modalités qui concilient intérêt général et objectif de bénéfice pour les partenaires privés. Ainsi définie, la notion de partenariat public-privé présente des caractéristiques spécifiques qui la distingue de certaines notions voisines avec lesquelles elle ne saurait être confondue.

Sous-section 2 : Distinction des partenariats public-privé d'avec les notions voisines

97. Il s'impose de distinguer rigoureusement les PPP des privatisations (I) ainsi que de toutes les formules s'inspirant du modèle concessif, de la délégation, de la gestion ou de la sous-traitance de services publics (II) ou encore de l'entreprise d'économie mixte (III).

³⁵⁴ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 11.

³⁵⁵ Loi du 29 mai 2009 relative à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé, Mémorial A, 2009, p. 1760.

³⁵⁶ Sur cette absence de définition légale et, plus généralement, sur les PPP en droit luxembourgeois, Cf. M. Thewes, « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois », in JTlux, n° 4, août 2009, p. 105 et s.

³⁵⁷ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, Paris, OCDE, 2008, p.17. Selon le Fonds monétaire international (FMI), « l'expression partenariat public-privé se réfère à des formules dans lesquelles le secteur privé fournit des infrastructures et des services qui étaient traditionnellement assurés par l'Etat. Outre l'exécution et le financement privés d'investissements publics, les PPP ont deux autres caractéristiques importantes : d'abord, l'accent est mis sur la prestation des services et l'investissement par le secteur privé ; ensuite, une part significative du risque est transférée de l'Etat au secteur privé » : définition citée par le rapport OCDE 2008 op. cit., p. 17. Pour la Banque européenne d'investissement (BEI), « le partenariat public-privé est un terme générique appliqué aux relations qui s'établissent entre le secteur privé et les organismes publics, souvent dans le but de faire appel aux ressources et/ou à l'expertise du secteur privé et de contribuer ainsi à obtenir et à fournir des actifs et des services publics. On l'emploie donc pour décrire toute une série de modes de collaboration, qui vont d'associations souples, informelles et stratégiques jusqu'à des contrats de type conception-construction-financement-exploitation et à la constitution officielle de co-entreprises » : cette définition est également citée par le rapport OCDE 2008 précité, p. 17.

I- Partenariats public-privé et privatisations/libéralisations

98. Nous avons défini les PPP comme tout accord global et de long terme entre l'Etat ou ses démembrements et un ou plusieurs partenaires privés en vertu duquel les partenaires privés, tout en assumant tous les risques qu'ils sont à même de mieux prévenir ou couvrir, associent leurs ressources ou leur expertise à ceux de leur cocontractant en vue d'obtenir ou de fournir des actifs et/ou des services publics selon des modalités qui concilient intérêt général et objectif de bénéfice pour les partenaires privés. Il en découle que la poursuite de l'intérêt général n'est ainsi pas exclusive de la poursuite du bénéfice par le partenaire privé. Il y a alors entre les partenaires une certaine convergence d'intérêts et d'objectifs.
99. La privatisation n'entraîne quant à elle pas, en principe, une telle convergence d'intérêts et d'objectifs entre l'Etat et le secteur privé. Tout au contraire, c'est très souvent par le biais d'une régulation (voire même d'une ré-régulation) stricte et constante des prix et/ou de la qualité de la production que l'Etat tente de faire prendre en compte l'intérêt de la collectivité par le partenaire privé dont l'objectif essentiel est la maximisation de son profit³⁵⁸. L'intervention de l'Etat s'avère même parfois souhaitable, notamment dans les hypothèses d'un ancien monopole public qui, après privatisation, devient un monopole privé³⁵⁹.
100. Qu'est-ce donc que la privatisation ? Cette question mérite, selon nous, un examen approfondi car une des plus importantes critiques adressées à l'encontre des PPP est que ceux-ci constituent une privatisation (« larvée », « rampante », « pure et simple » selon les sensibilités des auteurs) des missions d'intérêt général de l'Etat. Pour ce faire, il nous paraît utile d'examiner tout d'abord la délicate question du secteur public de laquelle émane des rapports passionnés entre nationalisations et privatisations (A). Il y aura lieu ensuite de souligner les dimensions politiques et stratégiques des privatisations et de les distinguer des libéralisations, ces dernières pouvant s'avérer nécessaires pour la réussite des PPP (B).

A- La délicate question du secteur public et les rapports passionnés entre nationalisations et privatisations

101. C'est par opposition à la nationalisation, et plus généralement, à la propriété publique³⁶⁰ que l'on appréhende la privatisation. Une tentative de définition de la privatisation ne peut en conséquence qu'émaner d'un éclairage sur les rapports de cette

³⁵⁸ Smith relève ainsi que : "The privatized infrastructure developer's ideal market would probably be one in which they were to provide services to, or on behalf of government, to a captive market, at prices to be fixed solely by themselves, whilst at the same time being subject to an absolute minimum of regulatory or governmental control. Unfortunately, however, history shows that this kind of *laissez-faire* approach does not work very well": A. Smith, "Philosophical aspects of the public/private partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 154.

³⁵⁹ Pour Grimsey et Lewis, "*If these market constraints (competition from other firms and competition when raising finance) do not exist effectively, perhaps because the newly privatized firm has some form of natural monopoly, then the government would usually impose some type of regulatory regime, typically over price or rate of return*": D. Grimsey and Mervyn K. Lewis (eds), *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xviii.

³⁶⁰ Des auteurs relèvent que si l'appropriation publique des instruments de production a souvent répondu à des motivations idéologiques ou politiques, elle s'appuie dans certains cas sur des justifications économiques tirées des réflexions des théoriciens du bien-être : J.-D. Lafay et J. Lacaille, *L'économie mixte*, Paris, Collection Que sais-je ?, PUF, 1992, p. 93.

dernière à la nationalisation (2). Cette démarche suppose réglée la délicate question de la définition du périmètre du secteur public et, partant, de l'entreprise publique (1).

1- La question du secteur public domaine de l'entreprise publique

102. Les implications de la définition du périmètre du secteur public sont en effet essentielles, tant du point de vue théorique – particulièrement en ce qui concerne la très actuelle question de l'ampleur et des modalités d'intervention directe de l'Etat – que du point de vue pratique à savoir notamment, le régime juridique applicable à ce secteur³⁶¹. Pour le professeur Orianne en effet, dès que les gouvernants estiment que pour assurer les bonnes fins de certaines de leurs actions il leur faut se muer en chefs d'entreprise, un trouble naît, dont les ondes de propagation vont s'étendre à l'infini et perturber de façon durable la perception par les administrés de la nature exacte, dans ces circonstances, de leurs rapports avec le pouvoir³⁶².

103. De nombreux auteurs se sont penchés sur la question du secteur public et de l'entreprise publique. Assimilant le secteur public à l'Etat, M. Luc Weber estime que celui-ci est constitué de tous les organismes ou établissements où prévaut un mode de décision politique ou collectif quel que soit le régime politique (dictature, monarchie, démocratie représentative ou directe)³⁶³. Pour M. Thirion, l'appartenance au secteur public renvoie aux formes juridiques d'exploitation de l'entreprise³⁶⁴. Ainsi, lorsque les mécanismes employés pour exploiter une entreprise sont puisés dans les instruments offerts par le droit public (tels par exemple la régie ou un établissement public), l'appartenance au secteur public ne fait pas de doute³⁶⁵. Le secteur public ne s'identifie cependant totalement aux entreprises publiques, selon M. Kerninon, que s'il est pris dans son acception étroite dans la mesure où, pris au sens large, il engloberait aussi des activités à caractère industriel ou commercial gérées par l'Etat³⁶⁶. M. du Marais identifie quant à lui plusieurs acceptions du secteur public à savoir : une approche organique (laquelle prend en compte le statut de l'entreprise elle-même), une approche fonctionnelle (laquelle varie en fonction des textes et de la matière considérés) ainsi qu'une approche patrimoniale³⁶⁷. Il est néanmoins admis que les entreprises publiques occupent une place prépondérante dans le secteur public et que celui-ci peut, dans une perspective matérielle,

³⁶¹ En ce sens J.-D. Lafay et J. Lacaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 100 où ces auteurs précisent que dès l'instant où les critères de l'appropriation publique ne sont pas clairement définis et tendent à dépendre des nécessités de la conjoncture économique ou sociale, la frontière entre le secteur public et le secteur privé devient imprécise.

³⁶² P. Orianne, Préface à l'ouvrage de D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. vii.

³⁶³ L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 1997, p. 5-6.

³⁶⁴ N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2002, p. 144.

³⁶⁵ Ibid. p.144. L'auteur précise alors que des difficultés surgissent, quant à la détermination de l'appartenance au secteur public, dès que l'on a recours au droit des sociétés et que des partenaires privés sont invités à s'associer avec l'actionnaire public.

³⁶⁶ J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1994, p. 13 où l'auteur précise qu'il n'y a par conséquent pas d'équivalence parfaite entre secteur public et entreprises publiques car, si toutes les entreprises publiques appartiennent au secteur public, celui-ci ne se réduit pas immanquablement à leur seule présence.

³⁶⁷ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 279.

être envisagé au travers de sa composante essentielle que constituent lesdites entreprises publiques³⁶⁸.

104. La réalité du fonctionnement des entreprises publiques dans certains pays a parfois servi à en nourrir la définition. En France par exemple, la définition de l'entreprise publique semble de nos jours s'être stabilisée autour de l'approche patrimoniale³⁶⁹. Après avoir retenu le critère du contrôle effectif de l'entreprise (par le biais de la technique du faisceau d'indices soit, le pourcentage de détention du capital ainsi que les modalités de contrôle sur l'entreprise à travers la nomination de ses dirigeants notamment), la jurisprudence française semble ne retenir aujourd'hui que le critère de la détention majoritaire du capital³⁷⁰. En droit français, relève par conséquent du secteur public l'entreprise dont la moitié des actions plus une sont détenues par l'Etat. Par contre, la conception belge de l'entreprise publique, telle que défendue par Mme Déom notamment, consiste à dire que la question de la propriété du capital n'est pas la seule qui doit être prise en compte dans la mesure où d'autres modes de contrôle ou d'influence peuvent exister et qui confèrent aux pouvoirs publics un rôle prééminent dans l'orientation de l'activité de l'entreprise³⁷¹. L'on a toutefois fait remarquer que cette méthode « indiciaire » proposée par Mme Déom, quoique pragmatique, pêche par son manque de sécurité juridique³⁷². Toujours est-il qu'en pratique, une loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques autonomes a créé le contrat de gestion³⁷³, principal fondement des relations entre l'Etat et un certain nombre d'organismes dont particulièrement les entreprises publiques autonomes précitées. Certaines de celles-ci, telles la SNCB ou Belgacom, affichent une performance qui paraît plus qu'égaler celle de leurs concurrentes du secteur privé.

105. Notons que la Cour de justice des communautés européennes (actuelle Cour de justice de l'Union européenne) a adopté une conception autonome de la notion d'entreprise. Celle-ci est définie par la Cour comme étant « *Toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »³⁷⁴. Par ailleurs, en son article 2, la directive européenne du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence dans certaines entreprises définit l'entreprise publique comme étant « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou de règles qui la régissent. L'influence dominante des pouvoirs publics sur l'entreprise est présumée lorsque, directement ou indirectement, ceux-ci :*

i) *détiennent la majorité du capital souscrit ; ou*

³⁶⁸ J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., p. 13-14.

³⁶⁹ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 279.

³⁷⁰ CE.fr., Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne* (SFENA), Rec. Lebon p. 436 ; CE.fr., 6 mars 1991, *Syndicat national CGT du CEPME*, RFDA, 7 (5), septembre-octobre 1991, p. 839-842, note M. Durupt : Jurisprudences citées par B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 284.

³⁷¹ D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. 6 ; *adde* pour les développements récents : J. Moden, *Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, Bruxelles, CRISP, 2008.

³⁷² En ce sens, E. Poltier, *Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1983, p. 206.

³⁷³ Sur la nature juridique de ce contrat Cf. notamment : D. De Roy, « La nature juridique des contrats de gestion d'entreprises publiques : à la recherche de l'introuvable ? » JTbe, n° 6056, mai 2002, p. 393 et s.

³⁷⁴ CJCE, *Affaire Höfner et Elser* du 23 avril 1991, C-41-91, Rec. P. I-1979.

- ii) *disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ; ou*
- iii) *peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise »*³⁷⁵.

Après avoir ainsi tenté de cerner les contours du secteur public, il convient d'examiner ce que recouvre la notion de privatisation ainsi que les conséquences d'une opération de privatisation sur ledit secteur public.

2- Tentative de définition de la notion de privatisation – Rapport à la nationalisation

106. Les privatisations seraient des phénomènes hétérogènes, difficiles à recenser de manière exhaustive, même si leur dénominateur commun serait la réorientation générale et progressive vers l'utilisation des modèles d'organisation et de gestion de nature privée : l'emploi du pluriel s'imposerait par conséquent lorsqu'on parle de privatisation³⁷⁶. Par commodité de langage cependant, nous utiliserons indifféremment l'une ou l'autre forme de l'expression. Après avoir tenté de définir les privatisations (a), nous verrons dans une perspective historique qu'il y a toujours eu un mouvement de balancier entre privatisations et nationalisations (b) et que certaines justifications sont avancées au soutien des privatisations (c).

a- Tentative de définition des privatisations

107. Au sens large, la privatisation est définie comme l'acte qui consiste à réduire le rôle du gouvernement et à accroître simultanément le droit de propriété ainsi que le rôle des autres institutions de la société dans la production de biens et de services³⁷⁷. Il s'agirait, plus généralement encore, d'une tendance et d'un processus qui démontrent les signes d'une reconstitution des institutions majeures de la société contemporaine³⁷⁸. C'est ainsi qu'un auteur estime que le débat sur la privatisation n'est plus limité à la cession du capital des entreprises publiques, mais s'est étendu à la vente d'actifs corporels tels que les biens immeubles et les équipements, outre que le concept de privatisation connaîtrait un élargissement lorsqu'on aborde les partenariats public-privé³⁷⁹. Au sens strict, la privatisation est le transfert partiel ou intégral de propriété des actions, des actifs ou des

³⁷⁵ Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence dans certaines entreprises.

³⁷⁶ Cf. en ce sens: L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 104. L'auteur se réfère sur cette question à la littérature juridique et économique italienne.

³⁷⁷ E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, op. cit., p. 3: "It (privatization) is the act of reducing the role of government or increasing the role of other institutions of society in producing goods and services and in owning property". Comp. cependant avec Starr qui affirme: "I see nothing wrong with this broad definition, so long as one realizes that some actions may reduce one role of government while increasing another. For example, selling government-owned utilities may result in establishing a new system of public regulation. (...) In other words, policies conceived as privatization may have unintended consequences for other dimensions of state intervention": Starr P., "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 15.

³⁷⁸ P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 15.

³⁷⁹ J. Moden, *Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, Bruxelles, CRISP, 2008, p.13-14 ; adde pour un modèle établissant les rapports entre privatisations et PPP : O. Hart, "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and application to public-private partnerships", op. cit., p. 69 et s.

activités du secteur public vers le secteur privé³⁸⁰. C'est en résumé selon un auteur, le transfert à des opérateurs privés de la propriété d'un bien appartenant à un pouvoir public³⁸¹.

108. Par contraste, la nationalisation suppose quant à elle un transfert obligatoire de la propriété par une décision de la puissance publique³⁸². La nationalisation se caractérise ainsi par un élément de contrainte unilatérale qui la rapproche de l'expropriation³⁸³. Il existe par conséquent un lien étroit entre les notions de privatisation et de nationalisation³⁸⁴. Dans l'un ou l'autre cas en effet, il s'agit d'un transfert (juridique ou même comptable de biens ou d'actifs) d'une sphère vers une autre.

109. Plus fondamentalement, on estime que c'est toute la dichotomie entre « public » et « privé » qui devrait être prise en compte dans la tentative de définition de la privatisation³⁸⁵. Dans ce contexte, M. Paul Starr estime que plusieurs choses semblent être publiques et privées en même temps, à des degrés divers ou suivant différents aspects³⁸⁶. La distinction entre « public » et « privé » paraît alors évanescence et, précise M. Savas, nous usons confusément de l'expression « public » pour décrire à la fois trois situations différentes à savoir : la propriété publique, l'ouverture au public et l'accessibilité au public³⁸⁷. Cette confusion sémantique impliquerait au demeurant le fait que la propriété publique – et partant l'action des pouvoirs publics – ne soit pas nécessairement destinée à

³⁸⁰ En ce sens, P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Paris, Litec, op. cit., p. 2.

³⁸¹ J. Moden, *Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, op. cit., p. 11.

³⁸² Cf. en ce sens, B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 290. Pour l'auteur qui cite une décision du Conseil constitutionnel français, une prise de participation publique dans une entreprise privée, par rachat, ne constitue pas une nationalisation. Adde J.-L. de Corail pour qui « nationaliser c'est transformer dans l'intérêt général la gestion d'une entreprise en éliminant le rôle du capital privé » : J.-L. de Corail, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, L.G.D.J., 1954, p. 234 cité par J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., p. 14.

³⁸³ En ce sens, D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, op. cit., p. 88. Cet auteur précise que ce procédé est profondément étranger aux traditions juridiques et politiques belges et le droit belge n'en connaît aucun exemple caractérisé. La nationalisation en 2008 du Groupe Fortis par l'Etat belge, au plus fort de la crise financière, ne dément pas ces propos. L'Etat belge, qui s'est du reste délesté de la majorité des actions du Groupe Fortis au profit de BNP Paribas, ne semble pas avoir eu d'autres choix de sauvetage de ce groupe bancaire et d'assurance que cette « nationalisation temporaire ».

³⁸⁴ En ce sens, F. Gölcüklü, « La privatisation : le droit de propriété dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme » in *Aspects juridiques des privatisations*, 21^{ème} colloque de droit européen Budapest, 15-17 octobre 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 43. Le cas de la fusion Gaz de France (GDF) et Suez illustre bien ce rapport étroit et parfois confus entre nationalisation et privatisation. Un auteur rapporte ainsi qu'à l'issue de cette fusion, l'Etat français devait devenir l'actionnaire de référence du nouvel ensemble, par la détention directe ou indirecte de 40% des actions. Certains auraient alors vu dans cette opération, une privatisation, en pensant à GDF tandis que d'autres, songeant à Suez (et, au-delà, à Electrabel), ont évoqué une nationalisation : J. Moden, *Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, op. cit., p. 13.

³⁸⁵ E. Smith, « Moyens de protection des usagers et des anciens salariés d'activités privatisées » in *Aspects juridiques des privatisations*, op. cit., p. 141.

³⁸⁶ “Many things seem to be public and private at the same time in varying degrees or in different ways”: P. Starr, “The Meaning of Privatization” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 8. L'auteur illustre cette difficulté lorsqu'il relève que : “To speak of a public corporation in the private sector ought really to be no more confusing than to saying that North Carolina is in the South”: Idem p. 13.

³⁸⁷ E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York/London, Chatam House Publishers, 2000, p. 4 où l'auteur illustre cette confusion par le fait que : “We speak of a park or a government office building as being publicly owned, but we use the same term to describe Microsoft because it has many stockholders and any member of the public may buy part of the company; it is a private firm that is publicly owned”.

l'accomplissement d'une mission publique³⁸⁸. De plus, la constitution ainsi que la séparation des sphères publique et privée semblent être des processus complémentaires³⁸⁹.

110. La difficulté se retrouve dans les mêmes termes lorsqu'il s'agit de distinguer entre le droit public et le droit privé³⁹⁰. Il semble qu'il faille admettre en fin de compte que « public » et « privé » nous donnent des indications toutes relatives³⁹¹ et que la notion de privatisation ne peut être comprise qu'en fonction des contextes politiques et économiques, en prenant en compte la variété des structures des différentes institutions publiques ou privées³⁹². C'est ainsi qu'il peut être instructif de poser un regard rétrospectif sur la place des privatisations et des nationalisations dans les économies modernes.

b- Perspective historique : le mouvement de balancier entre privatisations et nationalisations

111. Dans une perspective historique, on observe comme un mouvement de balancier entre les nationalisations et les privatisations selon les époques et/ou les circonstances. M. Kerninon relève très justement que, même s'il trouve dans la conjoncture économique matière à se rétablir sans cesse, acquisitions et cessions se succédant sans relâche, le rapport entre secteur public et secteur privé est affecté d'une instabilité chronique³⁹³. Au cours de l'année 2008 par exemple, et en raison de la crise financière et économique, nous avons assisté dans de nombreux pays à une vague de nationalisations des activités bancaires et financières notamment, ou d'injections massives de fonds publics dans de nombreux secteurs industriels³⁹⁴. Dans la plupart des cas, et en raison des graves difficultés que de nombreuses entreprises rencontrent, les Etats interviennent directement dans leur financement (soit en leur accordant des prêts, soit en prenant des participations à leur capital) et influencent leur gestion (très généralement en désignant de nouveaux dirigeants pour assurer leur sauvetage)³⁹⁵.

³⁸⁸ Ibid. p. 4: "This semantic confusion is nevertheless instructive, for it implies that government ownership – and by extension, government action – is not necessary to achieve widespread (i.e., "public") benefits".

³⁸⁹ P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 11.

³⁹⁰ Pour une analyse approfondie de cette question, Cf. P. Van Ommeslaghe, « Le droit public existe-t-il ? » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 15-63 ; P. Orianne, « Les conflits d'application entre le droit privé et le droit public, spécialement en matière économique » in, *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 305-354 ; D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, op. cit., p. 117 et s. Pour une analyse historique, Cf. G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « jus privatum » et du « jus publicum » dans les œuvres des anciens juristes français », in APD, Sirey, 1952, p. 5-77.

³⁹¹ A titre d'illustration un auteur affirme que : « Le marché est le lieu de la sphère privée, le gouvernement celui de la sphère publique (...) » : J.P. Fitoussi, *La démocratie et le Marché*, Paris, Grasset, édition 2007, p. 17. Or, comme le relève Starr, "To an economist, the marketplace is quintessentially private. But to a sociologist or anthropologist concerned with culture, the marketplace is quintessentially public – a sphere open to utter strangers who nonetheless are able to understand the same rules and gestures in what may be a highly ritualized process of exchange": P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 9.

³⁹² P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 13.

³⁹³ J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., p. 29.

³⁹⁴ C'est précisément le cas du secteur automobile aux Etats-Unis, où General Motors et Chrysler ne semblent devoir leur survie qu'à une perfusion financière distillée par le gouvernement fédéral américain.

³⁹⁵ Sur cette base, M. L. Zinsou écrit : « On ne pourra demain justifier la nationalisation que si elle apparaît comme un instrument souple, au service d'une véritable économie mixte. Pour pouvoir nationaliser à nouveau, il faudra prouver qu'on peut sortir de la nationalisation une fois que celle-ci a réussi. C'est-à-dire prouver que l'Etat est un acteur nécessaire dans l'économie, à des moments choisis, et non pas un acteur qui continue de

112. La vague de nationalisations et d'injections massives des fonds publics, à partir de l'année 2008, dans l'économie de nombreux pays fait suite à une vague de privatisations qui a touché tous les continents et tous les secteurs économiques³⁹⁶. On estime ainsi que bien qu'il y ait eu de tout temps des privatisations sous une forme ou une autre, le grand précurseur de la vague de privatisations précitée serait le programme britannique lancé en 1980 par le gouvernement de Mme Margaret Thatcher³⁹⁷. Avant la vague de privatisations décrite ci-dessus, il y a eu une longue période dominée par les nationalisations et le développement du secteur public³⁹⁸. Tout comme les privatisations, ces nationalisations touchaient presque tous les domaines d'activités dans une majorité de pays³⁹⁹.

113. Cette brève perspective historique du mouvement de balancier entre nationalisations et privatisations incite tout observateur attentif à se garder de toute opinion tranchée dans le débat sur le rôle de l'Etat et du secteur privé dans la sphère économique⁴⁰⁰. Ce rôle nous semble en équilibre instable en fonction des époques et des circonstances de toutes natures.

c- Justifications des privatisations

114. La doctrine américaine a relevé plusieurs idées et justifications à la base des mouvements de privatisations à savoir : des idées pragmatiques, des raisons économiques, philosophiques, commerciales et populistes⁴⁰¹. Plusieurs théories ont été par ailleurs avancées sur le plan économique pour justifier les privatisations⁴⁰² : un premier modèle économique considère les privatisations comme une réallocation des droits de propriété⁴⁰³ ; le deuxième modèle appréhende les privatisations comme un réajustement

s'imposer quand son intervention n'est plus utile ni à l'intérêt national, ni à l'intérêt des salariés dans l'entreprise » (Un secteur public vivant doit pouvoir « respirer », *Après-demain*, n° 299, déc. 1987, p. 31) cité par J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., p. 29 note 27.

³⁹⁶ Cf. P. Guislain, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1995, p. 18.

³⁹⁷ Ibid.

³⁹⁸ Sur le développement du secteur public, Cf. : L. Weber, *L'Etat, Acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 1997, p. 182 et s. ; *adde* : J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 106-107 où l'auteur indique que entre la crise des années trente et le début des années quatre-vingt, l'ouverture de l'économie s'est accompagnée d'une vive croissance du poids de l'Etat dans l'économie, d'un développement considérable des systèmes de protection sociale ainsi que d'une pratique résolue de politiques de stabilisation. Dans le même sens, Cf. J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, op. cit., p. 16.

³⁹⁹ P. Guislain, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, op. cit., p. 20. Cet auteur relève qu'en Europe de l'ouest, les nationalisations avaient été amorcées dans les années qui ont précédé la seconde guerre mondiale et se sont poursuivies après la guerre. Dans les pays d'Europe de l'est, les nationalisations ont été imposées sous l'influence du modèle soviétique pendant près de 30 ans après la fin de la seconde guerre mondiale. A cette même époque, certains pays d'Amérique latine avaient choisi de fonder leur stratégie de développement sur les entreprises publiques. En Asie et en Afrique, le mouvement de décolonisation a contribué au mouvement de nationalisations, les Etats nouvellement indépendants ayant souhaité reprendre aux entreprises étrangères le contrôle des outils et biens de production.

⁴⁰⁰ Selon Fitoussi, les systèmes d'équité sont manipulables par la démocratie aux fins d'en accroître l'acceptabilité : J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 76-77.

⁴⁰¹ Pour une revue de ces influences Cf. : E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, op. cit., p. 5-14.

⁴⁰² Une étude approfondie des privatisations comme instrument économique est fournie par : M. E. Beesley and S.C. Littlechild, "Privatization. Principles, problems and priorities" in *Privatization, Regulation and Deregulation*, second edition, London/New York, Routledge, 1997, p. 27et s.

⁴⁰³ Pour une analyse détaillée de ce modèle Cf. : P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 21-27; L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la

des fonctions économiques⁴⁰⁴ tandis que dans un troisième modèle, les privatisations constitueraient une réduction de la surcharge gouvernementale (« *Reduction of Government Overload* »)⁴⁰⁵. Il ressort de toutes ces théories que l'efficacité et la réduction des déficits publics sont les principales justifications des privatisations⁴⁰⁶, ce qu'étaient des analyses conduites tant sur le plan macro-économique⁴⁰⁷ que sur le plan micro-économique⁴⁰⁸ :

◆-Sur le plan macro-économique

115. On estime tout d'abord, lorsqu'il existe un large secteur productif public, que l'ampleur des déficits des entreprises publiques peut avoir un effet sur le financement de l'ensemble de l'économie et conduire à un déséquilibre entre épargne et investissement⁴⁰⁹. Selon M. du Marais toutefois, c'est moins le constat en valeur absolue des déficits du secteur public que leur persistance et leur ampleur qui posent en réalité problème⁴¹⁰. Il se pourrait ensuite que le déficit des entreprises publiques influence le niveau global de productivité conduisant ainsi à une inefficience qui traduit une mauvaise allocation des ressources⁴¹¹. Une mauvaise allocation des ressources a des conséquences négatives au plan micro-économique.

mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation* – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège op. cit., p. 109-119.

⁴⁰⁴ Sur ce modèle Cf. : P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 27-29.

⁴⁰⁵ Pour un examen approfondi de ce modèle Cf. : P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 31-33; L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation* – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège op. cit., p. 119-121.

⁴⁰⁶ Le recours aux PPP est également sous-tendu par ces mêmes objectifs, ce qui contribue à renforcer la confusion entre ces deux procédés.

⁴⁰⁷ La macroéconomie est l'approche théorique qui étudie l'économie à travers les relations existant entre les grands agrégats économiques (le revenu, l'investissement, la consommation, le taux de chômage, l'inflation...). Elle constitue dès lors un outil essentiel d'analyse des politiques économiques des Etats ou des organisations internationales : Cf. en ce sens : J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 16-17 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 40-41 ; adde : A. Asensio, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, Bruxelles, de Boeck, 2008, p. 97 et s.

⁴⁰⁸ La microéconomie est la branche de l'économie qui analyse le comportement économique au niveau d'entités individuelles telles qu'un consommateur ou une entreprise. Son but est de trouver l'équilibre de marché c'est-à-dire les prix et les revenus qui équilibrent l'offre et la demande sur le marché. Cf. en ce sens : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 27 ; J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, op. cit., p. 16 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications - Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, op. cit., p. 40 ; adde : A. Asensio, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, op. cit., p. 15 et s.

⁴⁰⁹ On estime cependant que le déficit du secteur public n'est pas systématiquement néfaste car pouvant résulter d'un programme dynamique d'investissements. En ce sens Cf. B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 306. Les Etats-Unis semblent avoir opté en faveur de cette pratique, au moins à moyen terme, pour juguler la crise économique et financière qui a commencé en 2008.

⁴¹⁰ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 306 où l'auteur précise que la persistance des déficits au niveau de l'entreprise traduit l'inefficience structurelle de celle-ci tandis que l'ampleur des déficits suscite des difficultés de financement qu'il faut résoudre par différents moyens dont notamment les emprunts publics ou les dotations budgétaires, tous moyens qui n'ont pas que des vertus.

⁴¹¹ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 307.

♦-Sur le plan micro-économique

116. Au plan micro-économique, les justifications des privatisations se fondent sur une analyse comparative des performances respectives des propriétés privée et publique pour la fourniture de services publics. On estime sur la base d'une observation attentive du fonctionnement des entreprises publiques que celles-ci ont, au niveau de la productivité notamment, une performance économique inférieure à celle des entreprises du secteur privé⁴¹². Cette inefficience des entreprises publiques serait due à des dysfonctionnements internes liés notamment au fait que les incitations auxquelles réagit le management de telles entreprises ne sont pas claires, que les objectifs qui leur sont assignés ainsi que les contraintes qui leur sont imposées manquent également de clarté et sont parfois contradictoires⁴¹³. De plus, ces dysfonctionnements seraient très souvent récurrents et constants, de sorte qu'il devient difficile de les considérer comme des pathologies purement accidentelles⁴¹⁴.
117. En fin de compte ces analyses économiques théoriques, si elles peuvent permettre de prendre des mesures correctrices de l'intervention publique, démontrent surtout l'impact du politique ainsi que ses contingences sur l'action des pouvoirs publics en général. L'aspect politique de la privatisation prend alors du relief et les stratégies déployées pour la mettre œuvre peuvent varier en fonction des systèmes politiques ou en fonction de la position qu'occupe, sur la scène économique internationale, le pays en cause.

B- Dimensions politiques et stratégiques des privatisations et rôle des libéralisations

118. Les privatisations présentent des dimensions politiques et stratégiques intéressantes à envisager, ce qui permettrait d'en comprendre la nature profonde et d'en apprécier l'influence sur le rôle des pouvoirs et du droit publics (1). On pourra dès lors utilement distinguer les privatisations des libéralisations eu égard à l'importance de ces dernières pour la mise en œuvre des PPP (2).

1- Dimensions politiques et stratégiques des privatisations : simple mutation du rôle des pouvoirs et du droit publics ?

119. Le continent africain a constitué un laboratoire fertile des privatisations et leurs dimensions politique et stratégique ont pu y être observées scrupuleusement. Ainsi, à propos de l'évolution du processus de privatisations des entreprises publiques au Cameroun, un auteur a constaté une modification substantielle de la procédure de privatisations en ce qu' à partir d'un moment donné, la décision ultime de privatisation a été dévolue au seul chef de l'Etat alors qu'auparavant ce dernier ou son Premier Ministre ne pouvaient qu'indirectement influencer ces opérations, à travers la désignation des membres du Comité interministériel ainsi que des experts de la Sous-commission chargés des privatisations⁴¹⁵. L'auteur relève alors que ce « pas en arrière » n'était ni fortuit, ni gratuit dans la mesure où compte tenu des réalités socio-économiques camerounaises, son

⁴¹² Ibid. p. 308.

⁴¹³ Les entreprises publiques doivent tout à la fois satisfaire leurs usagers, afficher des résultats financiers satisfaisants, contribuer à la politique économique générale du gouvernement de leur époque. Par ailleurs, du fait de leur proximité avec le pouvoir politique, l'autonomie de gestion de leurs dirigeants s'en trouve fort limitée.

⁴¹⁴ En ce sens, B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 310.

⁴¹⁵ M. Kamto, « Tango juridique sur les privatisations au Cameroun » in *Dynamiques de développement – Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^{ème} siècle*. Mélanges en l'honneur de Georges Walter Ngango, Paris, Montchrestien, 2003, p. 300-301.

Chef d'Etat ne pouvait abandonner durablement le pouvoir de décision dans un domaine d'importance économique-stratégique sans se priver d'un levier d'action dans le champ politique⁴¹⁶.

120. Pour M. Starr, la notion même de privatisation est diversement entendue selon le rôle que joue, dans l'économie mondiale, le pays qui la met en œuvre : plus un pays est dépendant des investissements étrangers, plus les privatisations sont susceptibles d'être perçues comme portant atteinte à la souveraineté nationale et, partant, d'exacerber les sentiments nationalistes⁴¹⁷. Au sein même des pays, des tensions peuvent apparaître à la suite d'opérations de privatisations notamment lorsqu'une minorité ethnique est susceptible de racheter, et d'ainsi concentrer entre ses mains, les actifs publics. Cette situation a pu être observée en Afrique subsaharienne⁴¹⁸.

121. Au cours de nombreuses opérations de privatisations, les pouvoirs publics, afin de protéger les intérêts nationaux, ont très souvent tenté de veiller à ce que les intérêts étrangers ne dépassent pas certaines limites⁴¹⁹. On fait remarquer en effet que si la privatisation est pour le gouvernement qui y procède la manifestation d'un choix de doctrine économique ou de l'adhésion délibérée ou contrainte à un courant de pensée dominant⁴²⁰, elle est pour l'acquéreur de l'entreprise privatisée, une opération d'investissement qui n'est pas sans implication pour la souveraineté et l'indépendance nationales d'un pays⁴²¹. Or, le choix de la meilleure organisation possible quant à la vie

⁴¹⁶ Ibid. p. 301.

⁴¹⁷ P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 33-34.

⁴¹⁸ Cf. le Professeur Maurice Kamto qui illustre ce type de situation par l'affaire de la privatisation de la SODECOTON au Cameroun : M. Kamto, « Tango juridique sur les privatisations au Cameroun » in *Dynamiques de développement – Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^{ème} siècle* op. cit., p. 303 et s. spécialement p. 308 où l'auteur relève que : « (...) D'autres considèrent que la SODECOTON est, de par son implantation économique et son implication sociale, une entreprise éminemment stratégique dans la partie septentrionale du pays, le principal instrument de développement de la région réputée la plus peuplée du pays. Dès lors, contrôler la SODECOTON, c'est tenir le Grand Nord et, par suite, s'aliéner une base électorale déterminante comme l'ont du reste montré diverses consultations électorales au Cameroun depuis le retour du multipartisme. Mais peut-on suggérer, comme certains l'ont fait, qu'en prenant le contrôle de la SODECOTON dont elle devenait l'actionnaire majoritaire la SMIC préparait une stratégie de conquête du pouvoir grâce au contrôle de cet électorat fort nombreux et fort peu éduqué ? Même s'il pouvait s'agir d'un argument spéculatif, on ne peut manquer de dire que la composition unirégionale de la SMIC a pu susciter quelque interrogation, voire des inquiétudes, dans un pays où la sensibilité excessive de la question ethnique pousse à chercher l'équilibre ou la diversification régionale même au sein des entreprises privées » (c'est nous qui soulignons) ; adde : Starr qui relève que : « In many countries, ethnic minorities such as Indians in East Africa, make up disproportionate numbers of the potential domestic buyers of public assets. When a country's bureaucratic and entrepreneurial classes differ in ethnic composition, privatization may be understood as a transfer of wealth and power from one group to another and be politically resisted for that reason »: P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 34.

⁴¹⁹ En ce sens, J. F. Robert, « Le droit et les privatisations – Présentation générale des problèmes » in *Aspects juridiques des privatisations*, 21^{ème} colloque de droit européen Budapest, 15-17 octobre 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1993, p. 31.

⁴²⁰ M. Linder voit sur le plan politique une contradiction sur les motifs de la privatisation entre les deux grands courants de pensée aux Etats-Unis : « Neoliberals want to privatize the state because it is intrinsically inefficient. Neoconservatives want to privatize because the state is perpetually overburdened and underdisciplined ; it can control neither its giveaways to the undeserving, nor its appetite for more tax dollars »: Stephen H. Linder, "Coming to Terms with the Public-Private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 81.

⁴²¹ M. Kamto, « Tango juridique sur les privatisations au Cameroun » in *Dynamiques de développement – Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^{ème} siècle*, op. cit., p. 297.

économique figurerait parmi les éléments fondamentaux de la souveraineté de l'Etat⁴²². De là, la question de savoir si toute entreprise ou activité est privatisable⁴²³. La réponse classique est de dire qu'il existe des activités qui relèvent par essence de l'Etat et que l'on ne peut en aucun cas confier à des acteurs privés⁴²⁴. On parle alors de fonctions régaliennes de l'Etat comme par exemple la défense du territoire et des populations, la justice, les relations internationales et la diplomatie ou encore le pouvoir de battre la monnaie. Nombre d'auteurs estiment que sauf cas de démission de l'Etat, on ne saurait en aucun cas confier l'exercice de telles activités à des personnes privées^{425 426}.

- 122.** Dans les pays occidentaux, on relève que si les privatisations ont réduit l'extension de la gestion directe par les pouvoirs publics, elles n'ont pas nécessairement réduit de manière corrélative le contrôle public sur l'économie⁴²⁷. Mme Ammannati relève à cet égard que dans la plupart des cas, le recul (ou *rolling back*) du public ne correspond pas à une expansion effective du marché ou de la sphère des individus et de la société privée au détriment de l'Etat, mais représente simplement le résultat de la modification des modèles

⁴²² T. C. Daintith, « Les formes juridiques et les techniques de privatisations » in *Aspects juridiques des privatisations*, 21^{ème} colloque de droit européen Budapest, 15-17 octobre 1991, op. cit., p. 56. L'auteur précise que ce choix est inscrit dans le tout premier article de la Charte des Droits et Devoirs Economiques des Etats ; *adde* : J.-P. Fitoussi, *La démocratie et le Marché*, op. cit., p. 55-56 où l'auteur affirme que la démocratie de marché suppose une hiérarchie entre système politique et système économique et, par conséquent, une autonomie de la société dans le choix de l'organisation économique.

⁴²³ Ce débat est, selon un auteur, topique du « choc des cultures anglo-saxonne et protestante, d'une part ; germano-latine et catholique, d'autre part. La première tend à faire prévaloir les libertés individuelles sur la sécurité du corps social et de ses composants. L'autre est dominée par des obsessions collectives de solidarité et d'égalité qui conduisent les individus eux-mêmes à réclamer la tutelle d'un Etat qui prélève, redistribue, réglemente, interdit, incite, crée, etc., au nom de la protection des plus faibles peu ou prou ravalés au rang de « peuple imbecile », aurait dit Jean de La Fontaine » : C. Champaud, préface à l'ouvrage de Nicolas Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, op. cit., p. xv.

⁴²⁴ Sur l'existence d'entreprises publiques ne pouvant être privatisées dans les droits français, belge, italien et anglais, Cf. N. Thirion, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, op. cit., p. 381 et s.

⁴²⁵ En ce sens, D. Déom « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'partenariats public-privé' (PPP) in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005, op. cit., p. 209 ; *adde* J. F. Robert, « Le droit et les privatisations – Présentation générale des problèmes » in *Aspects juridiques des privatisations*, op. cit., p. 39. Cependant, on relève que bien qu'une fonction comme rendre un jugement dans une affaire pénale ou défendre la frontière ne soit pas en principe assurée par le secteur privé, il n'incombe pas nécessairement à l'Etat de construire et d'entretenir les tribunaux ou de produire les équipements militaires. Certains services secondaires à des aspects fondamentaux des fonctions régaliennes (en l'espèce l'exécution des lois pénales et la défense nationale) peuvent faire l'objet de contrat : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 63 ainsi que les références citées.

⁴²⁶ On relève néanmoins que le périmètre des services dits « régaliens » est lui-même entouré d'une incertitude nouvelle : une décomposition plus fine des différentes facettes de la lutte contre la délinquance aurait conduit partout à l'apparition d'un véritable marché de la sécurité privée, afin de faire face à la délinquance de prédation et assurer la sécurité des personnes : J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 23-24 ; *adde* : D. Grimsey et M. K. Lewis qui relèvent que : « (...) *Yet the reality is that the precise boundaries are unclear, and the answer varies over time and from country to country* (...) *In fact, there are no core functions that cannot be undertaken by the private sector and no activities for which public provision is infeasible. Not all public services provided to the community are necessarily core in the sense that government needs to provide these services itself. Moreover, core services are usually delivered in a context which does not preclude participation by private parties* » : D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xvi (C'est nous qui soulignons).

⁴²⁷ L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 109.

d'organisation et des instruments d'action des administrations et des organismes publics⁴²⁸. M. Malaurie note pour sa part que la personne publique s'est fragmentée en plusieurs organismes publics collégiaux, plus ou moins indépendants, ayant reçu une délégation de la loi pour produire des effets de droit n'ayant guère d'homogénéité⁴²⁹.

123. Ces constats posent en tout cas la question de l'efficacité économique des privatisations – question qui déborde le cadre de cette étude – et semblent suggérer que toute privatisation prenne en compte l'environnement politique, la structure de l'Etat ainsi que la conception du secteur public que se fait le pays où elle est menée⁴³⁰. Idéalement, les privatisations devraient, semble-t-il, être accompagnées ou précédées par une libéralisation.

2- Distinction privatisations et libéralisations : importance des libéralisations pour les PPP

124. Sur la base de plusieurs études dont le but était de comparer les performances des entreprises publiques et privées, certains auteurs affirment que c'est moins le caractère public ou privé d'une entreprise que la structure réglementaire et le degré de concurrence auxquels elle est soumise qui déterminent son efficacité⁴³¹. Il apparaît même que sur la base d'une analyse empirique et approfondie des privatisations dans différents secteurs et dans différents pays (y compris les économies en transition et celles des pays en voie de développement), les bénéfices en efficacité des privatisations sont souvent limités et parfois négligeables⁴³². Il semble alors qu'une ouverture du marché c'est-à-dire une libéralisation soit nécessaire pour donner un effet utile aux privatisations.

125. La libéralisation d'un secteur consiste en la suppression des monopoles légaux c'est-à-dire à l'abolition des barrières juridiques à l'introduction de la concurrence⁴³³. La privatisation pourrait donc être menée sans libéralisation, tout comme on peut effectuer

⁴²⁸ Ibid. p. 107 ainsi que la référence citée par l'auteur. Pour Mme Ammannati qui se réfère particulièrement au système italien, si l'on peut considérer que les privatisations, au sens de réallocation des droits de propriété, représentent le phénomène le plus radical de réduction de la sphère publique et de l'Etat, on assiste également à un processus de « colonisation » du droit privé par le droit public. L'évolution du processus de privatisation serait à l'origine d'une inflexion des catégories classiques du droit privé et leur assujettissement aux intérêts typiques du droit public : L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » op. cit., p. 117; *adde*: Starr pour qui “*Although it may seem odd, the product of privatization is not always a private firm: Privatization also yields hybrid enterprises with varying balances of influence*”: P. Starr, “The Meaning of Privatization” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 18.

⁴²⁹ P. Malaurie, « Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle ? » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation* op. cit., p. 133.

⁴³⁰ En ce sens, P. Starr, “The Meaning of Privatization” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 37.

⁴³¹ T.E. Borchering, W.W. Pommerehne et F. Schneider, « Comparing the Efficiency of Private and Public Production: The evidence from five countries », *Zeitschrift für Nationalökonomie*, supplement 2, 1982, p. 127-156 et L. De Alessi, « On the nature and consequences of Private and Public Enterprises », *Minnesota Law Review*, n° 67, 1982, p. 191-209; cités par P. Guislain, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, op. cit., p. 21.

⁴³² L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 112.

⁴³³ P. Starr, “The Meaning of Privatization” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 19; P. Lignières, *Partenariats public-privé*, LexisNexis/Litec, 2005, op. cit., p. 3.

une libéralisation sans privatisation⁴³⁴. Une difficulté peut cependant apparaître lorsque l'on privatise sans libéraliser. En effet, certains auteurs ont noté que des privatisations non accompagnées d'un processus de libéralisation pouvaient aboutir à un passage de l'inefficience des monopoles publics à l'inefficience des monopoles ou quasi-monopoles privés⁴³⁵. La libéralisation permet en conséquence de rendre le marché parfaitement « contestable », ce qui signifie que indépendamment du nombre d'entreprises effectivement présentes sur le marché, l'entrée et la sortie de celui-ci sont totalement libres et sans coût⁴³⁶. La libéralisation paraît par conséquent un ingrédient utile et nécessaire au succès des PPP.

- 126.** A l'issue de cette analyse approfondie de la notion de privatisation, il apparaît que si certaines justifications ainsi que certains procédés sont communs à la privatisation et aux partenariats public-privé ; la privatisation, à la différence des PPP, n'exige nullement de convergence des objectifs entre les partenaires public et privé. Tout au contraire, le seul souci de maximisation des profits semble guider le partenaire privé dans toute opération de privatisation. Par ailleurs, dans ces opérations, l'éventuel contrôle du partenaire public sur l'opérateur privé demeure très relatif, sauf à vider l'opération de privatisation de sa substance. Or, la doctrine relève que l'une des différences fondamentales entre les PPP et les privatisations réside dans le fait que dans un PPP, les personnes publiques gardent un pouvoir de contrôle permettant de sanctionner le partenaire privé par des pénalités, et de procéder à leur remplacement dans le cours du partenariat, voire de mettre fin au partenariat en cas de manquements graves⁴³⁷. Pour le Parlement européen d'ailleurs, « (...) *Les PPP ne constituent pas une première étape vers la privatisation de services publics* »⁴³⁸. Tout semble se jouer autour de la recherche de l'équilibre entre les procédés de nationalisation et de privatisation. Pour ce faire, et tout en essayant de garder le contrôle de l'initiative, les personnes publiques ont souvent été amenées à sous-traiter ou concéder l'exécution ou la gestion de certaines missions d'intérêt général à des partenaires privés. Cependant, si la sous-traitance ou la concession ou autres formules de « délégation » se rapprochent de la technique des PPP, elles s'en distinguent cependant de manière relativement substantielle.

⁴³⁴ P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 19-20: "However, it is entirely possible to privatize without liberalizing. (...) Conversely, it is also possible to liberalize without privatizing – that is, to introduce competition into the public sector without transferring ownership".

⁴³⁵ L. Ammannati, « Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation. Les privatisations » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 110 ainsi que la référence citée par l'auteur.

⁴³⁶ Pour un résumé de la théorie de la concurrence parfaite Cf. : F. Magris, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la Banque Mondiale, le FMI et l'OMC » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 195 et s. Pour un survol des conditions de la concurrence parfaite, Cf. A. Asensio, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, op. cit., p. 70 et s.

⁴³⁷ K. Verhoest, « De meerwaarde en de succesfactoren van publiek-private samenwerking voor openbare besturen », in *Publiek-Private Samenwerking / Verslagboek van de studiedagen georganiseerd door het Instituut voor Overheid*, Bruges, Die keure, 2003, p. 7 et s. cité par K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 23.

⁴³⁸ Cf. Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2006 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 2006/2043 (INI).

II- Partenariats public-privé, modèle concessif et autres formules de délégation, de gestion ou de sous-traitance des missions collectives – Renvoi

127. En raison notamment de l'appel au secteur privé pour optimiser les dépenses et augmenter l'efficacité dans la gestion, les partenariats public-privé se rapprochent de la concession, de la sous-traitance et autres formules dites de « délégation » ou de gestion des services ou biens collectifs. Ils s'en distinguent cependant et notamment par deux traits caractéristiques à savoir, le risque et la rémunération ainsi qu'une certaine rentabilité du projet. A titre d'illustration, le caractère spécifique des PPP par rapport à la concession ainsi que les autres formes de délégation de services publics est clairement affirmé en droit français (Cf. ordonnance du 17 juin 2004 précitée instaurant le « contrat de partenariat »), lequel distingue rigoureusement les contrats de partenariats de la concession ainsi que des autres modes de gestion déléguée et des marchés publics classiques.
128. Chacun des procédés susmentionnés fera cependant l'objet d'analyses approfondies dans le chapitre 1 du Titre 1 de la première partie *infra*. A cette occasion, les distinctions entre PPP et ces procédés seront rigoureusement mises en relief. D'un autre côté, parce que proche des partenariats public-privé, l'entreprise d'économie mixte peut également y être confondue – ce qui résulte des PPPI tels qu'entendus par la Commission européenne – et mérite à ce titre un examen scrupuleux.

III- Partenariats public-privé et entreprise d'économie mixte

129. L'économie mixte est un concept souvent évoqué, soit pour en vanter les bienfaits, soit pour en dénoncer les inconvénients. Il s'agirait néanmoins d'un concept au contenu relativement peu précis, ce qui a contribué à susciter la controverse qui l'entoure⁴³⁹. Ce concept présenterait sur le plan politique un avantage incontestable car véhiculant des stéréotypes positifs, lesquels lui associeraient une idée de modération, de synthèse entre des systèmes extrêmes (pur socialisme et pur capitalisme) dont on ne prendrait que la meilleure part⁴⁴⁰. L'économie mixte semble alors puiser son fondement dans une logique de coopération, de travail en commun, où chacune des parties, entre l'Etat et le secteur privé, apporte le meilleur de ses compétences et en récolte le meilleur gain possible⁴⁴¹. L'entreprise d'économie mixte apparaît comme la matérialisation de cette forme de coopération et présente deux caractères principaux à savoir : une participation publique à la propriété du patrimoine de l'entreprise ainsi que la poursuite, par la partie publique, d'un but d'intérêt public au moyen de sa participation⁴⁴². Après avoir tenté de définir l'entreprise d'économie mixte (A), il sera démontré qu'elle obéit à des caractéristiques précises et peut prendre différentes formes, ce qui la distingue voire l'oppose à certains égards aux partenariats public-privé (B).

⁴³⁹ En ce sens J.-D. Lafay et J. Lacaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 5.

⁴⁴⁰ Ibid. ; *adde* dans le même sens J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., op. cit., p. 20.

⁴⁴¹ *Contra* cependant : J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, op. cit., p. 20 où l'auteur précise que la notion d'économie mixte telle qu'elle a traditionnellement prospéré en France ne puise ses racines ni dans une démarche coopérative, ni dans un compromis, fût-il réalisé au moyen de prises de participations majoritaires de l'Etat, mais dans une volonté d'assurer la coexistence d'un secteur public et d'un secteur privé conçus comme des univers clos.

⁴⁴² En ce sens, E. Poltier, *Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé*, op. cit., p. 46-47.

A- Tentative de définition de l'entreprise d'économie mixte

130. Pour MM. Lafay et Lecaillon, l'entreprise d'économie mixte est une entreprise particulière dans laquelle le secteur public coopère de façon institutionnalisée avec le secteur privé, dans le but de mettre en synergie la morale jugée supérieure de l'«intérêt public» et l'efficacité supposée de l'«intérêt privé», tout en préservant la nécessité de la soumission du second au premier⁴⁴³. M. Poltier semble plus précis qui définit l'entreprise d'économie mixte comme « *toute entreprise de droit privé dans laquelle les pouvoirs publics détiennent une participation (prise dans un sens large) dans un but d'intérêt public* »⁴⁴⁴.

131. Cette figure entrepreneuriale se retrouve dans de nombreux pays. En droit français par exemple, l'instrument juridique de ce type d'entreprise est la société d'économie mixte⁴⁴⁵ dont la variante la plus usitée semble être la société d'économie mixte locale (SEML)⁴⁴⁶. En Belgique, l'économie mixte et l'utilisation du droit des sociétés constituent les principales figures juridiques qui permettent l'association entre les pouvoirs publics et les personnes de droit privé⁴⁴⁷. Il semble ainsi que la notion de société d'économie mixte n'existe pas en tant que telle en droit belge – ce qui serait à l'origine de certaines confusions – car n'ayant aucune base légale⁴⁴⁸. Dans la société d'économie mixte, on note que l'Etat (ou la collectivité publique) conserve un pouvoir d'orientation et de régulation⁴⁴⁹. Plus importante semble alors être la question de la forme et du dosage entre le public et le privé dans le cadre d'une telle entreprise.

B- Formes et caractéristiques de l'entreprise d'économie mixte – Rapport et distinction d'avec les partenariats public-privé

132. Si l'on relève que l'économie mixte peut procéder de la logique qui consiste en une composition organique de deux méthodes différentes d'allocation des ressources, le marché et l'Etat, dont la résultante serait supérieure à chacune d'entre elles prises séparément⁴⁵⁰, force est cependant de constater qu'à la différence des partenariats public-privé, l'entreprise d'économie mixte peut prendre différentes formes (1) et obéit à des caractéristiques voire même à des obligations précises (2).

⁴⁴³ J.-D. Lafay et J. Lecaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 6 où ces auteurs précisent que cette définition correspond au concept d'économie mixte pris dans son acception microéconomique restreinte.

⁴⁴⁴ E. Poltier, *Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé*, op. cit., p. 186.

⁴⁴⁵ Sur l'évolution historique de l'économie mixte en France, Cf. : J.-C. Michel, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, LGDJ, 1990, p. 3 et s.

⁴⁴⁶ Sur la société d'économie mixte locale, Cf. : C. Deves et J.-F. Bizet, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Economica, 1991 ; J.-C. Michel, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, LGDJ, 1990.

⁴⁴⁷ En ce sens, D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 198.

⁴⁴⁸ Cf. en ce sens, F. Moises, J.-F. Jaminet et A. Vandenburgie, *Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 170. Ces auteurs précisent que chaque catégorie de société mixte se fonde d'une part sur la législation applicable à l'associé public et d'autre part sur le Code des sociétés.

⁴⁴⁹ En ce sens, C. Deves et J.-F. Bizet, *Les sociétés d'économie mixte locales*, op. cit., p. 1. La fonction de régulation de l'Etat se justifierait par le fait de l'inaptitude du marché à trouver par lui-même les ajustements qu'exige la satisfaction des besoins de la collectivité : J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, op. cit., p. 10.

⁴⁵⁰ J.-D. Lafay et J. Lecaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 44

1- Les formes possibles de l'entreprise d'économie mixte

133. Il semble que l'entreprise d'économie mixte puisse prendre la forme d'une association, d'une société d'économie mixte (nationale, régionale ou locale), d'un groupement d'intérêt économique ou groupement européen d'intérêt économique ou enfin d'un groupement d'intérêt public⁴⁵¹. Selon M. Poltier, en dehors des sociétés de personnes, rien ne s'oppose à ce que les autres « corporations de droit privé »⁴⁵² accueillent comme membres des personnes ou entités publiques, lesquelles auront dans ce cas droit d'accès aux organes sociaux avec un pouvoir décisionnel⁴⁵³. Une importante difficulté semble surgir quant à l'étendue de ce pouvoir décisionnel de la personne publique dans une entreprise d'économie mixte, ce qui en fait une structure atypique.

2- Caractéristiques et obligations spécifiques de l'entreprise d'économie mixte : différence de philosophie par rapport aux PPP

134. On observe que le dosage optimal entre le public et le privé varie dans le temps et dans l'espace, ce qui a abouti à ce que la réflexion théorique sur cette question connaisse des évolutions voire des modes successives⁴⁵⁴. Par ailleurs, il semble que dans la plupart des cas, la logique de l'intervention publique tend non pas à se satisfaire d'un partage de responsabilités avec le secteur privé, mais à requérir la totalité du pouvoir⁴⁵⁵. En droit français par exemple, les personnes publiques doivent détenir obligatoirement, séparément ou à plusieurs, la majorité du capital et des voix dans les organes de la société mixte⁴⁵⁶. Dès lors, le caractère mixte d'une entreprise, dans laquelle les pouvoirs publics ont une participation, ne semble admis que si ces derniers détiennent au moins une minorité de blocage⁴⁵⁷, une participation inférieure ne constituant pas une garantie suffisante de l'intérêt public poursuivi⁴⁵⁸.

135. On a pourtant observé qu'à partir du moment où la concurrence fournit des informations précises sur les coûts, les deux secteurs, public et privé, tendent à faire preuve d'une efficacité similaire aussi longtemps que la propriété publique n'est pas trop dominante⁴⁵⁹. Un auteur en a déduit que le développement effectif des PPPI supposerait que la loi donne la possibilité aux collectivités territoriales de ne détenir qu'une participation minoritaire⁴⁶⁰. La société d'économie mixte telle qu'elle se conçoit en

⁴⁵¹ Pour une étude détaillée de toutes ces formes en droit français, Cf. notamment : P. Lignières, *Partenariats public-privé*, op. cit., p. 129-142.

⁴⁵² Souligné par l'auteur qui précise qu'en droit privé suisse, les personnes morales sont constituées soit sous forme de corporations (c'est-à-dire des groupements de personnes organisés telles les associations, les sociétés), soit sous forme de patrimoines affectés (les fondations essentiellement) : E. Poltier, *Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé*, op. cit., p. 187.

⁴⁵³ Ibid.

⁴⁵⁴ J.-D. Lafay et J. Lacaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 9.

⁴⁵⁵ Ibid. p. 90.

⁴⁵⁶ P. Lignières, *Partenariats public-privés*, op. cit., p. 130. L'auteur précise qu'il s'agit en principe de sociétés anonymes et que la majorité du capital et des voix doivent être détenues dans la limite des 75%.

⁴⁵⁷ A l'inverse, aucune participation privée minimale ne semble être exigée.

⁴⁵⁸ Stoffel cité par E. Poltier, *Les entreprises d'économie mixte. Etude de droit suisse et de droit comparé*, op. cit., p. 188.

⁴⁵⁹ J.-D. Lafay et J. Lacaillon, *L'économie mixte*, op. cit., p. 105 où ces auteurs précisent que la propriété publique ne fait pas disparaître en soi les incitations à la minimisation des coûts.

⁴⁶⁰ E. Muller « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », op. cit.

France semble donc peu propice à la réalisation de projets en PPP⁴⁶¹. Elle semble par ailleurs utilisée pour les projets en PPP notamment comme moyen de retrait progressif de l'Etat d'un secteur économique donné⁴⁶². Plus radicalement, un auteur observe qu'une telle société d'économie mixte est un réceptacle de contradictions⁴⁶³.

136. La distinction PPP contractuels et PPP institutionnels opérée par la Commission européenne a été évoquée *supra*. Il en résulte que les PPPI s'entendent comme toutes les formes de partenariats entre un ou plusieurs partenaires publics et un ou plusieurs partenaires privés dont la mise en œuvre se fait par le biais d'une entité dotée de la personnalité juridique et dont le capital est détenu conjointement par les partenaires public et privé. Cette entité commune pourrait, soit être créée spécialement pour les besoins du projet de partenariat, soit préexister audit projet. Or, certains pays exigent la détention majoritaire du capital et/ou des voix des organes délibérants de l'entité commune par le partenaire public. La gestion de cette entité commune obéit dès lors à des principes spécifiques, lesquels correspondent à la conception que se fait le partenaire public de l'intérêt public. De plus, ce partenaire public garantit souvent les emprunts émis par l'entité commune auprès de tiers.

137. Dans ces circonstances, certains auteurs estiment que la structure d'économie mixte est à l'opposé de la vision moderne du partenariat public-privé car « Elle (la structure d'économie mixte) consiste à mettre sur des pieds quasi-égalitaires des partenaires aux intérêts et objectifs différents et à confier à une société des objectifs commerciaux et d'intérêt général sans que les règles du jeu soient clairement précisées, la présence des différents acteurs dans le capital (pouvoirs publics et investisseurs) étant considérée comme suffisante pour assurer cet équilibre »⁴⁶⁴. Pour M. Sarmet au demeurant, les structures d'économie mixte conduisent pour toutes les raisons sus-évoquées à une débudgétisation au lieu d'un financement par le secteur privé d'ouvrages publics⁴⁶⁵. Cette débudgétisation constituerait en réalité un financement dérogatoire et non pas alternatif comme celui que tend à offrir les P.P.P⁴⁶⁶.

⁴⁶¹ En ce sens, B. Martor et S. Thouvenot, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française », in RDAI, n° 2, 2004, p.140 ; *adde* : E. Muller « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *op. cit.*, où l'auteur relève qu'en l'état actuel du droit positif (français), les sociétés d'économie mixte constituent un instrument trop ambigu pour les opérations de PPP.

⁴⁶² Sur l'utilisation de la structure d'économie mixte comme moyen de retrait de l'Etat d'un secteur Cf. P. Lignières, *Partenariats public-privé*, *op. cit.*, p. 126-127.

⁴⁶³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁶⁴ E. Escabasse, *Choix public et concurrence : stratégies, contraintes et opportunités*, actes du colloque de Nice du 27 février 1998, Coopers & Lybrand, Faculté de droit de Nice, cité par P. Lignières, *Partenariats public-privé*, *op. cit.*, p. 124. Pour J. Kerninon, l'économie mixte n'a de sens que si le secteur public parvient à affirmer pleinement son identité, en se démarquant nettement du secteur privé : J. Kerninon, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁶⁵ M. Sarmet, « Les financements en partenariats public/privé » in Banque, n° 517, *op. cit.*, p. 602-603. *Adde* : L. Ledoux, préface à l'ouvrage de K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 7 où l'auteur précise que lorsque la motivation de la part du secteur public pour un PPP se limite à la débudgétisation, le PPP ne pourra pas donner le meilleur de lui-même dans la mesure où les discussions avec les partenaires potentiels quant à l'optimisation du partage des risques seront affectées par cette préoccupation.

⁴⁶⁶ En ce sens Cf. G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 16 ; *adde* : E. Muller « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », *op. cit.*, où l'auteur se demande si la personne publique ne devra pas consolider dans ses propres comptes la dette contractée par la société (mixte).

138. La coopération institutionnalisée entre les secteurs public et privé, singulièrement par le biais d'une entreprise d'économie mixte, même si elle peut présenter des avantages à certains égards⁴⁶⁷, n'est par conséquent pas exempte de critiques. L'institutionnalisation présente en effet deux inconvénients majeurs : d'une part, une débudgétisation pouvant entraîner par la suite une consolidation budgétaire pour le partenaire public et, d'autre part, une dilution des responsabilités entre parties à la suite de l'allocation non optimale des risques qu'entraîne une telle institutionnalisation. De plus, le pouvoir de sanction normalement reconnu au partenaire public dans le cadre d'un PPP contractuel disparaît par le fait même de l'institutionnalisation. Par ailleurs, cette dernière entraîne une autre contrainte, du moins en droit européen, à savoir la prise en compte des obligations spécifiques relatives à la réglementation de la concurrence⁴⁶⁸ et des marchés publics. La solution tirée de l'arrêt *Acoset SpA* de la Cour de justice de l'union européenne à ce propos demeure incertaine à plusieurs égards⁴⁶⁹. Pour ces raisons, les PPPI tels que définis par la Commission européenne semblent présenter le risque d'entraîner un partenariat flou où sous le couvert de l'« intérêt public » des dérives et abus font florès. Identifier les caractéristiques essentielles des PPP et tenter de dégager leur nature juridique s'avère à cet égard judicieux pour la suite de la présente étude.

SECTION III : TRAITS CARACTÉRISTIQUES ET ESSAI DE DÉTERMINATION DE LA NATURE JURIDIQUE DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

139. L'absence d'une définition claire a contribué à entretenir les controverses, sus-exposées, autour de la notion de PPP. De plus, les confusions et scepticismes ont été créés et renforcés par au moins deux raisons : d'une part, les PPP sont mis en œuvre pour faire exécuter par des partenaires privés des services qui étaient jadis fournis par le secteur public⁴⁷⁰ et, d'autre part, les PPP se situent à la croisée des chemins entre la fourniture intégrale par l'Etat et la fourniture intégrale par le secteur privé⁴⁷¹. Une comparaison permet de comprendre les enjeux et défis des PPP. En effet, dans le cadre d'un marché public classique, l'Etat détermine la qualité et la quantité de service et/ou d'actifs qu'il

⁴⁶⁷ On cite notamment l'utilisation de l'entreprise mixte comme moyen de retrait de l'Etat d'un secteur d'activités.

⁴⁶⁸ La concurrence, relève-t-on, fait désormais partie du bloc de légalité que tout acte administratif doit respecter s'il ne veut pas encourir la censure : D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 92 ainsi que les nombreuses références citées par l'auteur en note 50.

⁴⁶⁹ En ce sens et pour des commentaires sur cet arrêt Cf. E. Muller « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », op. cit. En substance, par cet arrêt *Acoset SpA* (CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, *Acoset SpA*), la Cour de justice de l'union européenne semble s'être prononcé en faveur de la solution préconisée par la Commission européenne et consistant à procéder à une mise en concurrence unique, ayant pour objet à la fois le contrat « qui doit être attribué à l'entité mixte, et, la contribution opérationnelle du partenaire privé à l'exécution des tâches et/ou sa contribution administrative à la gestion de l'entité » (Communication interprétative de la Commission relative aux PPPI du 5 février 2008 précitée, p. 5). Une telle vision des choses consiste, en clair, à distinguer l'entité mixte – instrument du partenariat – et le partenaire proprement dit de la personne publique, lequel demeure l'opérateur ou le groupement associé.

⁴⁷⁰ Savas fait même de ce critère un élément essentiel de définition des PPP puisqu'il estime que : « A public-private partnership is defined as any arrangement between a government and the private sector in which partially or traditionally public activities are performed by the private sector »: E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York, Chatam House Publishers, 2000, p. 4.

⁴⁷¹ Pour Gerrard en effet, « PPPs operate at the boundary of the public and private sectors, being neither nationalized nor privatized assets and services »: Michael B. Gerrard, « Public-Private Partnerships: what are public-private partnerships and how do they differ from privatizations? » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 5.

souhaite obtenir et en négocie le prix avec le prestataire privé. Il assume également dans cette hypothèse le risque que comportent ces prestations. En revanche, dans le cadre d'un PPP, l'Etat et son ou ses partenaires privés harmonisent leurs objectifs de sorte à concilier l'intérêt général poursuivi par le premier et le but de réalisation des bénéfices poursuivi par les seconds. En conséquence, tout en essayant de maximiser leurs bénéfices, les partenaires privés associent leurs expertise et/ou ressources à celles de leur cocontractant et assument tous les risques qu'ils sont à même de mieux prévenir ou couvrir en vue d'obtenir ou de fournir des actifs et/ou des services publics.

140. Cette vision des PPP n'est pas partagée par tous. Pour M. Yernault par exemple, si les PPP présentent une spécificité, celle-ci est avant tout économique puisqu'il s'agirait essentiellement des modes de répartition des risques, ce qui aurait justifié l'adaptation des règles de la comptabilité publique, celles-là même qui déterminent la structure de la dette publique⁴⁷². Cette opinion n'emporte pas totalement notre conviction car, d'une part, la répartition des risques – comme nous le démontrerons – n'est pas exclusivement une opération économique et, d'autre part, les PPP présentent des traits caractéristiques propres (sous-section 1), lesquels peuvent contribuer à en déterminer la nature juridique (sous-section 2).

Sous-section 1 : Traits caractéristiques essentiels des partenariats public-privé

141. Partant de la définition des PPP proposée ci-dessus, les PPP présentent de manière générale un certain nombre de traits caractéristiques⁴⁷³ :

- les partenaires privés conçoivent, créent, financent et gèrent l'actif capitalistique, puis fournissent le service soit à l'Etat, soit directement aux utilisateurs finaux ;
- les partenaires privés sont rémunérés soit par un flux de paiements de l'Etat, soit par des prélèvements directs sur les utilisateurs finaux, soit enfin des deux façons à la fois ;
- le transfert de risques aux partenaires privés doit être suffisant pour garantir qu'ils opèrent efficacement ;
- au terme du contrat, l'Etat peut devenir propriétaire de l'actif après avoir réglé au partenaire privé la valeur résiduelle convenue conventionnellement.

A l'analyse, deux caractéristiques paraissent essentielles à la mise en œuvre d'un partenariat public-privé⁴⁷⁴ à savoir, d'une part, le financement et/ou l'expertise du secteur privé (II) et, d'autre part, le transfert optimal du risque au partenaire privé (I).

⁴⁷² Ibid. p. 181.

⁴⁷³ Cf. OCDE, *Les partenariats public-privé, Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 21-22 ; adde : D. Grimsey et M.K. Lewis, « Evaluating risks of the public private partnerships for infrastructure projects » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 569.

⁴⁷⁴ Dans le même sens, F. Tulkens, « Les partenariats public-privé : six constats critiques en guise de conclusions » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 388 où l'auteur indique que la définition des PPP met en avant deux éléments essentiels à savoir, d'une part, l'idée de répartition de risques entre les partenaires public et privé et, d'autre part, le fait que le procédé du PPP relève de « l'ingénierie de financements de projets ».

I- Le transfert optimal du risque au secteur privé comme caractéristique essentielle du partenariat public-privé – Renvoi

142. L'analyse des risques et leur allocation optimale entre partenaires est au cœur des partenariats public-privé⁴⁷⁵. C'est ce qui les distingue fondamentalement de tous les autres modes de réalisation ou de fourniture de biens et services collectifs par lesquels l'Etat s'associe à des partenaires privés. Le risque est en effet considéré comme un facteur fondamental de la réussite d'un PPP et, partant, permet de distinguer ce dernier d'un service public traditionnel dans lequel l'essentiel du risque (si pas tout le risque) est assumé par l'Etat. Le risque peut *a priori* être compris comme la probabilité mesurable que le résultat effectif s'écarte du résultat attendu ou le plus probable⁴⁷⁶. Nous en analyserons de manière détaillée les contours dans le titre II de la première partie de cette étude.

143. La clé pour comprendre le rôle du risque dans un PPP paraît résider dans le lien entre sa prise en charge et l'efficacité du projet⁴⁷⁷. L'analyse des risques constitue dès lors un préalable à tout projet réalisé en PPP et consiste à les recenser et à identifier leur incidence potentielle sur le projet en vue d'y apporter la meilleure réponse possible⁴⁷⁸. A titre d'illustration, l'ordonnance française relative aux « contrats de partenariats » du 17 juin 2004 précitée oblige les cocontractants à identifier et à répartir avec précision les risques dans le texte des contrats de partenariat pour « *permettre la constatation sincère des droits et obligations des différentes parties* »⁴⁷⁹.

144. Le tableau ci-après présente la typologie des risques dans une opération de PPP

Phases du projet et type de risques	Commentaires
Phase de conception et de construction	
<ul style="list-style-type: none">▪ Risques de conception▪ Risques technologiques ou de <i>process</i>▪ Risques de dépassement de coût ou de délai▪ Risques de non-performance ou de qualité	<p>Ces risques ne sont pas très différents de ceux existants dans un marché public classique.</p> <p>Il est recommandé que les risques liés à la phase technique de construction soient portés par le constructeur ou par le consortium concessionnaire comprenant le constructeur de l'ouvrage.</p>

⁴⁷⁵ Cf. en ce sens C. Emery, *Les contrats de partenariat* (section 2 La passation des contrats de partenariat, §2 L'évaluation préalable du projet), Dalloz Encyclopédies des collectivités locales, 2006-1, n° 287

⁴⁷⁶ En ce sens Cf. : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 49.

⁴⁷⁷ Ibid. p. 47.

⁴⁷⁸ Sur les méthodes d'analyse des risques Cf. *infra* chapitre 2 du Titre II de la 1^{ère} partie de la présente étude.

⁴⁷⁹ Article 9, Ordonnance française n° 2004-559 relative aux « contrats de partenariats » du 17 juin 2004, JORF du 19.06.2004.

Phase d'exploitation

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Risque sur les revenus de l'exploitation (risque commercial ou de marché) qui comprend : <ul style="list-style-type: none"> - les risques liés aux volumes consommés ; - l'évolution et l'acceptabilité des tarifs ; - l'évolution des subventions ▪ Risques techniques d'exploitation comprenant : <ul style="list-style-type: none"> - le dépassement du coût d'exploitation - le dépassement du coût de la maintenance 	<p>La plupart de ces risques ne sont guère différents de ceux que l'on rencontre dans une opération d'investissement privé. Ils distinguent cependant le PPP – dans lequel le partenaire privé est en charge de l'exploitation de l'infrastructure – d'un marché public.</p> <p>Ces risques doivent souvent être répartis entre le partenaire public et le partenaire privé en fonction de l'origine du fait générateur.</p>
---	--

Au cours de la vie du projet : risques financiers

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Risques de taux ; ▪ Risques de change ; ▪ Risques relatifs aux formules d'indexation ou de révision ; ▪ Risques liés à l'obtention des refinancements ou garanties. 	<p>Ces risques peuvent notamment être couverts par les instruments financiers eux-mêmes (produits dérivés tels les options les swaps...). La maturité de ceux-ci n'est généralement pas suffisante pour couvrir l'ensemble de la durée du projet.</p>
--	---

Au cours de la vie du projet : risques liés à l'environnement général du projet

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Risques « politiques » : peut partir d'un refus des autorisations prévues jusqu'à l'expropriation ou la non-convertibilité des devises ; ▪ Force majeure ; ▪ Risques juridiques ou judiciaires (requalification du contrat, illégalité de la procédure, etc.) ; ▪ Risques sociaux : acceptabilité de l'externalisation ou délégation 	<p>Certains de ces risques sont liés à des événements qu'aucune des deux parties au contrat n'est susceptible de contrôler. Les prêteurs exigent alors des garanties de tiers : assureurs de dommages industriels, assureurs-crédit, Etat ou personne publique de niveau supérieur, institution financière internationale, etc.</p>
---	---

Source : B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 358.

145. Selon M. Brouhns, si le côté face du PPP est son financement alternatif, son côté pile est la gestion de risques de nature microéconomique : une telle gestion, cruciale pour tout projet, devant alors s'appuyer sur une analyse ainsi qu'une répartition optimale desdits risques⁴⁸⁰. Comme indiqué ci-dessus, l'analyse des risques et leur allocation feront l'objet de développements approfondis dans la suite de cette étude. Notons par ailleurs que s'il

⁴⁸⁰ G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 26 où l'auteur précise que l'analyse et la répartition des risques sont cruciales à au moins deux niveaux : d'une part, elles permettent à chacun des différents partenaires de savoir à quoi il s'engage et ne s'engage pas et, d'autre part, pour le partenaire public dans les pays de l'Union européenne, elles permettent d'opérer une imputation comptable des coûts des actifs constitués par un PPP conformément aux critères fixés par EUROSTAT au regard des objectifs de déficits et de dette publique.

est généralement admis que dans le cadre des PPP l'essentiel du risque repose sur le partenaire privé, pour autant qu'il puisse s'agir de risques que celui-ci est à même de prévenir ou de gérer au moindre coût⁴⁸¹, celui-ci peut en outre associer son expertise et ses ressources à celles du partenaire public pour réaliser ou fournir les biens ou services collectifs convenus.

II- L'expertise et les ressources financières du partenaire privé au soutien de la réalisation de projets collectifs

146. Les partenariats public-privé permettent, à la différence des marchés publics classiques, que le projet à réaliser soit financé substantiellement par le secteur privé. Dans certains cas, l'Etat peut n'avoir aucune obligation de paiement direct (cas d'une route à péage par exemple). Dans d'autres cas, cette obligation de paiement direct incombera à l'Etat (cas des paiements de disponibilité et péages fictifs)⁴⁸². Cette dimension de financement par le partenaire privé est, à côté de la répartition optimale du risque, une des principales caractéristiques du PPP. En effet, le partenaire privé est généralement invité à « *collecter la totalité ou une part substantielle des ressources nécessaires pour financer les investissements liés aux projets* »⁴⁸³.

147. En France par exemple, les « contrats de partenariats » créés par l'ordonnance du 17 juin 2004 susmentionnée sont considérés comme une alternative aux délégations de service public et aux marchés publics⁴⁸⁴. Ces modes classiques d'exécution de services ou de projets publics ne semblent pas avoir suffi à couvrir toutes les possibilités de collaboration entre la personne publique et le secteur privé telles que celles-ci ont pu être envisagées dans d'autres pays. Trois raisons ont été mises en avant pour justifier cette insuffisance des solutions classiques aux projets publics dont la principale⁴⁸⁵ réside dans le fait que le marché public ne permet pas le financement d'ouvrages publics parce que, d'une part, il subsiste l'obligation de séparation des marchés comprenant la construction, l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage et, d'autre part, prévaut l'interdiction d'insertion dans un marché public de clause de paiement différé⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ Il ne s'agit donc pas de transférer le risque maximum au partenaire privé. L'allocation optimale du risque suppose, par exemple, que le partenaire privé ne doit pas assumer le risque politique sur lequel il n'a aucun contrôle.

⁴⁸² L'Etat a généralement aussi des obligations conditionnelles implicites ou explicites. L'Etat peut également émettre des garanties en faveur de son partenaire ou des cocontractants de ce dernier, notamment dans le cas où l'Etat est le mieux placé pour anticiper ou gérer un risque précis.

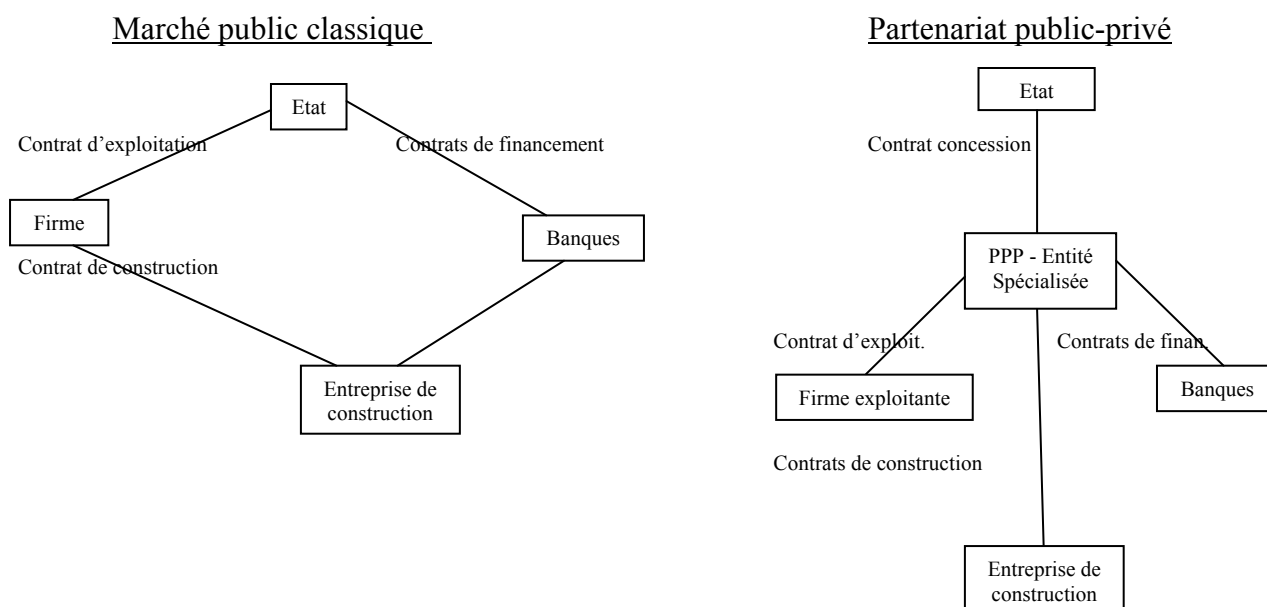
⁴⁸³ Cf. en ce sens G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 23 ainsi que la référence au rôle de la BEI citée.

⁴⁸⁴ En ce sens Cf. F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », op. cit., p. 351 et 378.

⁴⁸⁵ Les deux autres raisons sont que, d'une part, le marché public laisse le risque d'exploitation de l'ouvrage à la charge de la collectivité ou de la personne publique alors que dans un PPP ce risque est en principe transféré au partenaire privé et, d'autre part, une « délégation de service public » telle qu'on l'entend en France – c'est-à-dire essentiellement une gestion déléguée – rend nécessaire la délégation corrélative de la gestion dudit service, ce qui en limite le champ d'application.

⁴⁸⁶ En ce sens, B. Martor et S. Thouvenot, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française », in RDAI, n° 2, 2004, p. 125.

148. Les schémas ci-après illustrent une comparaison entre un marché public classique et un projet réalisé en partenariat public-privé :



Source : Hana Polackova Brixi, Nina Budina and Timothy Irwin, “Managing Fiscal Risks in PPPs” in *Current Issues in Fiscal Reform in Central Europe and the Baltic States 2005*, (Washington, World Bank) p. 135-156, tiré de B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, Washington D.C., Fonds monétaire international (FMI-Dossiers économiques), 2007, p. 10.

149. Le financement des opérations de PPP s’appuie en général sur le schéma du *project financing*⁴⁸⁷. Ce qui veut dire qu’à partir de la mise de fonds initiale, le projet doit en principe générer suffisamment de *cash flow* de sorte à se suffire à lui-même et, partant, permettre que les apporteurs de capitaux – banquiers et autres prêteurs ou actionnaires – soient remboursés⁴⁸⁸. Tous les PPP ne constituent cependant pas des *project financing* purs c’est-à-dire des projets ne bénéficiant d’aucun financement adossé à l’opérateur ou d’aucune garantie de sa part (qualifiés de projets « *non recourse* »). Dans la plupart des cas, il s’agira plutôt de projets dits « *limited recourse* » dans lesquels l’opérateur apporte un soutien financier, soit sous la forme d’un financement (le plus souvent en fonds propres ou *equity*)⁴⁸⁹, soit sous la forme d’une garantie émise par la maison-mère⁴⁹⁰. On considère en tous cas le *project financing* comme étant l’illustration même d’un financement

⁴⁸⁷ Dans le même sens, B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 352-353 ; B. Martor et S. Thouvenot, « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public-privé à la française » op. cit., p. 126 ; *adde* G. Brouhns qui considère qu’un tel financement est réellement alternatif et sa structure fait une large part (entre 80 et 90%) à l’endettement de premier rang (« *senior debt* ») couvrant aussi bien des prêts bancaires (comme ceux de la BEI) que des emprunts levés sur les marchés de capitaux : G. Brouhns, « L’impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d’analyse et de réflexion. » in *Le marché et l’Etat à l’heure de la mondialisation*, op. cit., p. 24.

⁴⁸⁸ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 352.

⁴⁸⁹ A titre d’exemple, l’article 14 de l’Ordonnance française du 17 juin 2004 précitée permet au partenaire privé de financer l’opération d’investissement à laquelle il participe par recours aux fonds propres, à l’emprunt, au crédit-bail, à la location ou à la cession de créances.

⁴⁹⁰ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 353.

alternatif à la logique des finances publiques – et partant, un financement obéissant à la logique de marché – dans la mesure où celui-ci se situe aux antipodes de la règle de l'universalité des recettes. En effet, non seulement les ressources d'emprunts sont affectées au financement d'un investissement précis, mais également le service financier sera lié aux revenus attendus de cet investissement⁴⁹¹. Néanmoins, des financements privés fortement adossés à des garanties publiques sont également envisageables et ont été mis en œuvre dans certains projets⁴⁹². Un auteur a également mentionné la possibilité d'un cofinancement des PPP avec des fonds islamiques⁴⁹³.

150. D'un autre côté, le secteur privé est susceptible d'apporter aux personnes publiques les avantages de son savoir-faire et ce, dès l'étape de la préparation du projet. Le savoir-faire spécifique du secteur privé que recherche le partenaire public est une des principales raisons pour ce dernier de recourir à des conseillers externes⁴⁹⁴. En effet, outre leur haut degré d'expertise, les conseillers externes disposent souvent de la connaissance et de l'expérience de ce qui s'est fait ailleurs et peuvent à ce titre rapprocher, transposer ou comparer les situations⁴⁹⁵. Les conseillers externes aident par conséquent les pouvoirs publics à mieux formaliser les objectifs poursuivis, le contexte économique de référence, les caractéristiques du projet ainsi que les solutions envisageables⁴⁹⁶. C'est ici le terrain d'élection des études de faisabilité, lesquelles permettent souvent aux personnes publiques (mais également à leurs partenaires) de mieux connaître les difficultés d'un projet et d'y trouver des solutions⁴⁹⁷. Les études de faisabilité pour les projets nouveaux et de grande envergure requièrent la constitution d'équipes pluridisciplinaires comprenant entre autres, outre le concepteur du projet, des consultants financiers, juridiques et techniques⁴⁹⁸.

151. De manière générale, la capacité du secteur privé à accroître l'efficacité d'un projet peut aussi résulter de ses compétences et des moyens supérieurs de gestion dont il dispose⁴⁹⁹. Les questions de financement des PPP et de l'expertise du partenaire privé dans le cadre de ces partenariats seront examinées de manière approfondie dans les deux

⁴⁹¹ En ce sens, G. Brouhns, « L'impact de la logique du marché sur des mutations contemporaines du système de financement des activités des pouvoirs publics : éléments d'analyse et de réflexion. » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 25.

⁴⁹² Le cas en France du pont de Normandie est cité. Ce projet semble en effet avoir fait l'objet d'une forte limitation des risques privés par de garanties de personnes publiques en raison de la complexité technique de l'ouvrage ainsi que des aléas d'exploitation : P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Litec, 2000, p. 261.

⁴⁹³ H. Martin-Sisteron, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet – Perspectives pour le droit français*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, juin 2011, p. 174-176.

⁴⁹⁴ Aussi paradoxal que cela puisse paraître, un auteur se demande si l'expertise du secteur privé ne le mettrait pas en position de force par rapport à l'Etat lors des négociations alors qu'en même temps, il met en doute l'aptitude du secteur privé à planifier ou à anticiper sur le long terme : D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 166.

⁴⁹⁵ P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Litec, 2000, p. 139 où l'auteur affirme que la qualité d'un projet dépend en partie de la qualité des conseils.

⁴⁹⁶ Rapport du groupe de travail de la commission des finances du Conseil national du patronat français sur Le financement privé des équipements d'intérêt collectif, cité par P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Litec, 2000 op. cit., p. 139.

⁴⁹⁷ On remarque cependant que: "Insufficient experience, lack of expertise and/or awareness of the potential pitfalls of PPP contracts weaken public bodies' bargaining position during negotiation": A. Ribault, "Lessons from the French Experience in Public and private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 517.

⁴⁹⁸ En ce sens, P. Lignières, *Partenariats publics privés*, Litec, 2000 op. cit., p. 109.

⁴⁹⁹ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 49.

parties de cette étude. Ces aspects, outre celui sus-évoqué de la répartition optimale des risques, ainsi que les autres traits généraux présentés ci-dessus confèrent aux PPP leurs caractéristiques propres et dessinent par là même les contours de leur nature juridique.

Sous-section 2 : Tentative de détermination de la nature juridique du partenariat public-privé : contrat administratif ou contrat de droit commun ?

152. Nous avons proposé de définir le PPP comme tout accord global et de long terme entre l'Etat ou ses démembrements et un ou plusieurs partenaires privés en vertu duquel les partenaires privés, tout en assumant tous les risques qu'ils sont à même de mieux prévenir ou couvrir, associent leurs ressources ou leur expertise à ceux de leur cocontractant en vue d'obtenir ou de fournir des actifs et/ou des services publics selon des modalités qui concilient intérêt général et objectif de bénéfice pour les partenaires privés. En conséquence, le PPP est d'abord et avant tout un contrat ou, à tout le moins, un instrument contractuel.

153. La notion de contrat est cependant diversement utilisée. Par ailleurs, chaque système juridique est autonome et entretient, à ce titre, sa conception propre du contrat. De plus, dans les systèmes juridiques qui connaissent le droit administratif, le contrat conclu par ou avec une personne publique peut être soumis à un régime juridique particulier. Cependant, même si la notion de contrat prend des significations différentes selon le droit ou le régime juridique auquel on se réfère, il n'en reste pas moins possible d'identifier « un noyau dur »⁵⁰⁰. Il y a ainsi incontestablement au centre de tout contrat, une rencontre de volontés et la création d'obligations protégées par le droit⁵⁰¹. Plus généralement, des études anthropologiques enseignent que toutes les sociétés humaines connaissent le contrat⁵⁰². Il ne nous paraît pas dès lors illégitime de retenir pour désigner cette réalité, la définition du contrat telle qu'elle est formulée par la doctrine belge. Selon M. De Page, le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets juridiques^{503 504}. Aucune distinction n'est alors opérée entre personnes publique et privée, l'une et l'autre jouissant en principe de la liberté contractuelle.

154. Selon le Professeur Weil toutefois, l'acte administratif par excellence pour le juriste français est l'acte unilatéral, qu'il soit individuel ou réglementaire : « *Le contrat ferait presque figure d'intrus dans ce monde où trône la « décision exécutoire » ; à tout le moins y occupe-t-il une place marginale et n'y est-il accepté que dans la mesure, précisément, où, par le biais de la théorie du contrat « administratif », il incorpore une certaine dose*

⁵⁰⁰ Pour M. Richer, la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé : L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2001, p. 9.

⁵⁰¹ J. Ghestin, « La notion de contrat », *Dalloz Chronique*, 1990, p. 147-156 ; M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, 2002, p. 13.

⁵⁰² N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, n° 158-159, p. 265-267, cité par J. Ghestin, « La notion de contrat » loc. cit. p. 148.

⁵⁰³ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Tome III, n° 12. La doctrine française ne retient pas une conception fort différente. M. Ghestin propose à cet égard de définir le contrat comme « *un accord de volontés, qui sont exprimées en vue de produire des effets de droit et auxquels le droit objectif fait produire de tels effets* » : J. Ghestin, « La notion de contrat » loc. cit. p.156; *Idem*, J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil – La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, p. 3 préc. n° 9.

⁵⁰⁴ M. Audit formule à propos de cette définition une critique qui doit être retenue lorsqu'il estime que celle-ci ne prend pas en compte les accords où les volontés se sont exprimées en vue de ne pas produire d'effet de droit – tels les engagements d'honneur qui sont parfois requalifiés en contrat par la jurisprudence – mais qui sont considérés comme des contrats : M. Audit, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, op. cit., p. 14.

de pouvoir unilatéral de l'administration et cesse donc d'être un contrat normal, un contrat comme les autres »⁵⁰⁵. L'auteur poursuit en affirmant que pour le juriste de *Common Law*, par contre, le contrat, serait en tout cas le contrat ordinaire, celui où les cocontractants sont placés sur un pied d'égalité : « *La technique du contrat « administratif », qui permet à l'administration d'user de la puissance publique pour infléchir les droits et obligations de contractant, lui apparaît comme la négation même de la notion de contrat* »⁵⁰⁶. Nous verrons ainsi que le PPP est, en droit français, un contrat administratif (I). Il est cependant généralement considéré comme un contrat de droit commun qui, par les éléments de sa définition ainsi que par ses caractéristiques, apparaît en réalité comme un contrat de coopération économique (II).

I- Le partenariat public-privé est en droit français un contrat administratif

155. Aux termes de l'ordonnance précitée du 17 juin 2004 adoptée en exécution d'une loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit⁵⁰⁷, les « contrats de partenariats » encore appelés « contrats globaux » sont définis comme étant des « contrats administratifs⁵⁰⁸ par lesquels l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements, ainsi que leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ». Le PPP est par conséquent en droit français un contrat administratif⁵⁰⁹.

156. Notons toutefois que tous les contrats de l'administration ne sont pas des contrats administratifs. Le contrat administratif se définit essentiellement par une combinaison de deux critères⁵¹⁰ : d'une part, un critère organique : en règle, un contrat ne peut être réputé administratif que si l'un au moins des cocontractants est une personne morale de droit public, à savoir l'Etat, une collectivité territoriale ou un établissement public ; d'autre part un critère matériel qui se rapporte à l'objet du contrat (l'exécution même d'un service public) ou à son contenu (la présence d'une clause exorbitante du droit commun). M. Richer estime en effet que les caractéristiques les plus saillantes du contrat administratif peuvent se ramener à deux idées : **indisponibilité** (les personnes publiques ont des prérogatives qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs dont elles pourraient disposer et par conséquent, certains objets – tel l'exercice d'une compétence – échappent au contrat) et **inégalité** (l'administration disposerait d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat car elle est titulaire de prérogatives de puissance publique et est responsable de l'intérêt général. Elle pourrait dès lors notamment infliger des sanctions ou modifier

⁵⁰⁵ P. Weil, *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, 2000, p. 304.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Sur la genèse de ces textes, Cf. F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », op. cit., p. 351 et s. L'auteur s'interroge par ailleurs sur le point de savoir si le PPP est un progrès volontaire ou un « mal » nécessaire (l'expression mal est soulignée par l'auteur).

⁵⁰⁸ C'est nous qui soulignons.

⁵⁰⁹ Pour une analyse détaillée du régime juridique des PPP ainsi que leur avenir en France, Cf. notamment F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », op. cit., p. 365 et s.

⁵¹⁰ En ce sens Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 160 et s.; J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in AJDA, 1961, p. 123 et s., *adde* pour une littérature plus récente, L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., op. cit., p. 84 et s.

certaines clauses – moyennant dans ce dernier cas compensation du préjudice causé – lors de l'exécution du contrat)⁵¹¹.

157. A une inégalité technologique voire de puissance financière entre parties au détriment de l'administration, correspond donc une inégalité dans la négociation mais surtout dans l'exécution du contrat, où les prérogatives de l'administration peuvent jouer au détriment du cocontractant privé. Le contrat administratif soulève alors la question classique de l'équilibre général à réaliser entre l'immutabilité inhérente aux stipulations contractuelles et la mutabilité propre à toutes les actions de l'administration. Il s'agit, comme dans de nombreux droits nationaux⁵¹², d'assurer la protection du cocontractant de l'administration sans pour autant sacrifier le pouvoir irréductible de l'autorité publique de veiller à chaque instant à la sauvegarde de l'intérêt général. La réponse, toute aussi classique, du droit administratif français est de dire que l'intérêt général l'emporte, mais que l'équilibre financier⁵¹³ demeure un élément irréductible. Dès lors, les prérogatives de la puissance publique seront sauvegardées en même temps que les intérêts financiers essentiels du cocontractant sont protégés.

158. Cette question se pose dans les mêmes termes lorsqu'il s'agit d'un contrat d'Etat c'est-à-dire, au sens large, de tout accord entre une personne morale de droit public et une personne morale ou physique privée de nationalité étrangère⁵¹⁴. Dans l'hypothèse d'un tel contrat, on a estimé que les partenaires pourraient utilement s'inspirer des solutions qui prévalent en droit administratif français car, pour le professeur Weil, ce qui est contractuel, c'est l'économie financière du contrat dans son ensemble ; ce qui relève de la souveraineté de l'Etat, c'est l'adéquation des relations contractuelles aux nécessités supérieures de l'Etat et de sa population⁵¹⁵ : changement et stabilité pourraient ainsi se voir assurés par cet emprunt au droit français. Certains auteurs estiment cependant que la tendance générale consiste à considérer les contrats d'Etat comme des contrats de droit privé et que la transposition de la théorie du contrat administratif en droit international serait contredite tant par la pratique contractuelle que par la jurisprudence arbitrale⁵¹⁶. Pour ces auteurs, l'affirmation contenue dans la sentence *Aramco*, suivant laquelle il n'existe pas de principe général du droit international consacrant la notion de contrat administratif, demeure valable⁵¹⁷. Cette tendance est celle qu'a suivie l'arbitre Dupuy dans la sentence *Texaco-Calasiatic*⁵¹⁸. Le PPP peut en effet prendre les allures d'un contrat d'Etat, notamment lorsque le cocontractant de l'Etat est une personne privée (physique ou morale) de nationalité étrangère. Un tel contrat peut être envisagé, à juste titre, comme un contrat de droit commun permettant aux partenaires d'instaurer entre eux une véritable coopération économique.

⁵¹¹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., op. cit., p. 23.

⁵¹² Y compris selon le Professeur Weil dans les systèmes de *Common Law* : P. Weil, *Ecrits de droit international*, op. cit., p.317-318.

⁵¹³ Pour un examen approfondi de la question, Cf. Laurent Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

⁵¹⁴ Pour une définition ainsi qu'une analyse approfondies des contrats d'Etat Cf. notre mémoire de DEA précité ainsi que les références citées à la note 256 *supra*.

⁵¹⁵ P. Weil, *Ecrits de droit international*, op. cit., p. 322-323.

⁵¹⁶ En ce sens P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, op. cit., p. 215 où l'auteur cite à l'appui de sa thèse une sentence *SEEE c/ Gouvernement Yougoslave* (était en cause dans cette affaire la construction d'une voie ferrée).

⁵¹⁷ En ce sens notamment, P. Lalive, Rapport Unidroit n° 75, cité par P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, op. cit., p. 218.

⁵¹⁸ V. Clunet, 1977, p. 374 –380.

II- Le partenariat public-privé est en principe un contrat de coopération économique de droit commun

159. On a observé qu'à la différence du droit français qui est de ceux qui vont le plus loin dans la définition d'un régime spécifique des contrats de l'administration, la tendance fréquente des droits étrangers, même lorsqu'ils connaissent un droit administratif, est de considérer que l'utilisation du contrat par l'administration entraîne sa soumission au droit commun, même si l'intégralité des règles valables dans les relations entre personnes privées ne peut être appliquée aux personnes publiques et particulièrement l'Etat⁵¹⁹. Selon le Professeur Flamme par ailleurs, « *En Belgique ou dans les pays anglo-saxons, c'est le droit privé qui s'applique aux contrats administratifs (sauf exception) comme corollaire inévitable de la compétence des tribunaux civils, mais ce droit privé subit un « gauchissement », une « transposition » pour tenir compte de la personnalité de ce cocontractant « pas comme les autres » qu'est l'administration et surtout de la finalité de son action* »⁵²⁰. Cette réalité du droit administratif belge est confirmée par Mme Durviaux qui affirme que la doctrine a, depuis des dizaines d'années, clairement défini les implications du choix de la voie contractuelle pour une personne publique : le contrat est essentiellement régi par le Code civil et seule l'exécution des marchés publics est régie par un texte spécifique, à savoir l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics⁵²¹.

160. Plus fondamentalement, si l'idée (dans les contrats administratifs ou les contrats d'Etat) est que la personne publique doit disposer du pouvoir essentiel de veiller à tout moment à l'intérêt général, la protection de son cocontractant s'impose en fin de compte non seulement dans l'intérêt propre de ce dernier, mais au moins pour autant pour permettre à l'Etat de ne pas interrompre des prestations nécessaires pour l'intérêt général. Cette analyse est confortée par l'opinion de M. Sinkondo qui affirme en substance que si les prérogatives de l'administration peuvent s'expliquer et se justifier par leur fonction sociale, elles tirent aussi leur compatibilité avec la logique contractuelle de leur conformité à la justice contractuelle⁵²². Dès lors que les prérogatives de l'administration ont pour fonction essentielle d'adapter le « juste contractuel » à la situation particulière de l'Etat, lequel ne saurait mettre en péril le patrimoine commun, celui-ci doit par conséquent disposer des moyens de sécuriser le cocontractant, pour le présent et l'avenir, en le mettant à l'abri de tout risque de défaillance de la part de l'Etat. La soumission du contrat de partenariat au droit commun permet alors de fournir un cadre souple permettant les

⁵¹⁹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., op. cit., p. 28. Pour un survol comparatif des systèmes unitaires (droit anglais, droit américain) et des systèmes dualistes (droits allemand, belge, italien, espagnol et droits des Etats d'Afrique francophone), Cf. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 28-32.

⁵²⁰ M.-A. Flamme, *Traité théorique et pratique des marchés publics, tome I: Théorie générale des contrats de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 155.

⁵²¹ A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 214.

⁵²² M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv, avril-juin 1993, p. 254-256. Cet auteur effectue des rapprochements particulièrement féconds entre le contrat administratif et le contrat de droit commun et rappelle ainsi que les contrats administratifs, comme tous les contrats, expriment la « loi des parties ». Dès lors, les institutions et mécanismes juridiques essentiels qui caractérisent ces contrats administratifs prennent leur source dans la théorie générale des contrats, construite sur le terrain du droit civil (Cf. p. 241 ainsi que la note 12 et les références y citées par l'auteur).

adaptations nécessaires et renforçant par là même la coopération qui s'instaure nécessairement entre partenaires.

161. Il est à cet égard remarquable de constater que, quoique connaissant un système de droit administratif, le Cameroun a choisi de soumettre les contrats de PPP, en principe, au droit commun. L'article 4 de la loi n° 2006/12 précitée⁵²³ prévoit que : « *Sous réserve des dispositions de la présente loi, ainsi que celle prévues dans les clauses des contrats de partenariat, les entreprises opératrices et leurs sous-traitants sont soumis aux règles de droit commun* ». Une telle soumission du PPP au droit commun nous semble constituer un des éléments caractéristiques de sa nature de contrat de coopération économique. On estime en effet que la coopération est un indicateur privilégié de la santé économique d'un Etat, de son degré d'avancement technologique ou encore de son niveau de main d'œuvre⁵²⁴. Dès lors, le statut juridique qui est conféré au contrat de coopération prend nécessairement en compte ces données⁵²⁵. Le régime de droit adopté se trouve inévitablement influencé par le contexte socio-économique du pays ayant légiféré sur la question.
162. Une tendance se dégage certes entre les coopérations qui se réalisent sous une forme sociétaire d'une part, et celles qui se réalisent sous une forme exclusivement contractuelle d'autre part⁵²⁶. Toutefois, la coopération semble en tout cas véhiculer les concepts idéologiques de liberté et d'égalité ce qui, selon les contextes particuliers propres à chaque contrat, amènera les participants à se rapprocher plus ou moins de ce modèle de parfaite liberté et de parfaite égalité dont ils devraient logiquement s'inspirer pour la réalisation de leurs objectifs⁵²⁷. En effet, la coopération offre une plus grande souplesse dans le rapprochement des partenaires, facilite une collaboration selon leurs impératifs et leurs choix, pour une durée déterminée ou illimitée, sans présenter un caractère irréversible et en sauvegardant une précieuse indépendance économique et juridique⁵²⁸. On a ainsi distingué entre les contrats de coopération dont l'objet même est la coopération et ceux dont la cause est la coopération⁵²⁹ (les contrats de recherche et développement, de fabrication en commun, d'ingénierie ou encore de communication de savoir-faire sont autant d'illustration de ce dernier type de contrats de coopération).
163. Pour les Professeurs Collart-Dutilleul et Delebecque, les contrats d'union qui ont pour objet même la coopération sont des conventions de « coopération-moyen »⁵³⁰ : moyen de réaliser un projet auquel les parties ne pourraient prétendre isolément, moyen de profiter

⁵²³ Loi n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, JORC, 01.01.2007.

⁵²⁴ C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, Paris, LGDJ, 2003, p. 72.

⁵²⁵ En ce sens, A. Prévisani, « Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération », in DPCI, 1984, p. 337.

⁵²⁶ C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, op. cit., p. 10. Sur les coopérations purement contractuelles, Cf. M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy S.A., 1989, p. 47-71. Cet auteur semble cependant considérer la coopération dans laquelle les parties décident de constituer une entité commune dotée de la personnalité juridique, non comme une coopération sociétaire mais, comme une « coopération de type mixte » (V. p. 72-101 et précisément, n° 101, p. 72).

⁵²⁷ En ce sens, M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, op. cit., p. 13-14.

⁵²⁸ A. Benoit-Moury, « Entreprises et phénomène associatif », in *La coopération entre entreprises*, Bruxelles/Antwerpen, Bruylant/Kluwer, 1993, p. 451. L'auteur précise cependant que la formule ne permet pas toujours des mesures énergiques de réorganisation, ne crée pas un ensemble homogène et est sujette à l'instabilité de l'instrument juridique choisi. Mais, nous verrons qu'un encadrement contractuel adéquat permet de pallier, en grande partie, ces lacunes de la coopération.

⁵²⁹ F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2002, p. 826 et s.

⁵³⁰ Ibid. p.826, n° 890 et s. Pour ces auteurs et dans ces cas, « la coopération est pour les parties un moyen qui forme l'objet du contrat ».

des actions concertées et de leur effet synergique. A l'opposé du premier type de contrat dont l'objet est la coopération elle-même, les contrats d'union dont la cause est la coopération viserait non plus l'agencement des relations entre les coopérants, mais consiste à effectuer telle ou telle opération dont le mobile, la raison est la volonté déclarée entre les partenaires de coopérer⁵³¹. Dès lors, « *Si la coopération est un moyen, elle est aussi un but. Les contrats de coopération-but organisent la relation entre l'entreprise ou les entreprises qui ont un savoir-faire et le maître de l'ouvrage qui entend en tirer parti. La finalité du contrat est bien d'assurer une coopération entre la partie qui sait et celle qui veut savoir* »⁵³².

164. Le contrat de PPP nous semble rentrer dans cette dernière catégorie à savoir celle des contrats dont la cause est la coopération. Nous avons en effet défini le PPP comme tout accord global et de long terme entre l'Etat ou ses démembrements et un ou plusieurs partenaires privés en vertu duquel les partenaires privés, tout en assumant tous les risques qu'ils sont à même de mieux prévenir ou couvrir, associent leurs ressources ou leur expertise à ceux de leur cocontractant en vue d'obtenir ou de fournir des actifs et/ou des services publics selon des modalités qui concilient intérêt général et objectif de bénéfice pour les partenaires privés. Il en résulte qu'une opération de PPP paraît par conséquent une opération dont le mobile, la raison d'être est la volonté déclarée des partenaires de coopérer pour un projet d'intérêt collectif. Cette coopération s'étend sur le long terme et est fondée sur une répartition optimale des risques entre partenaires ainsi qu'une association des ressources et de l'expertise du partenaire privé à la réussite de l'opération. Les partenaires agissent de sorte à concilier le but de profit pour le partenaire privé et le but d'intérêt collectif du partenaire public.

165. Bien plus, sur le plan de l'analyse économique, certains auteurs estiment que « *La démarche initiale et 'quasi naturelle' de l'analyse économique consiste à concevoir l'accord de coopération (industrielle) comme un contrat, ou un paquet de contrats* »⁵³³. Une telle coopération est alors considérée comme un dispositif collectif intentionnel de coordination et de développement d'activités productives, d'approvisionnements, de recherches et développement, commerciales et/ou financières, mis en place et piloté par plusieurs organisations indépendantes dont la finalité est le transfert interactif d'actifs et de compétences idiosyncrasiques et la création de valeur induite⁵³⁴. Néanmoins, même si le contrat apparaît comme un dispositif incomplet qui ne peut être une condition suffisante de la coopération, sa construction même, permanente et progressive, est l'un des gages principaux de la coopération⁵³⁵, d'autant plus que les produits et services objets de tels accords sont destinés soit aux parties elles-mêmes, soit à une clientèle non nécessairement identifiée⁵³⁶.

166. D'un point de vue international, d'autres auteurs affirment que les contrats de coopération impliquent même une véritable gestion des interdépendances internationales

⁵³¹ C.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, op. cit., p. 24.

⁵³² F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., p. 834, préc. n° 897.

⁵³³ C. Voisin, A. Plunket, S. Edouard et B. Bellon, « Une approche institutionnaliste de la coopération industrielle », in C. Voisin, A. Plunket et B. Bellon (coord.), *La coopération industrielle*, Economica, Paris, 2000, p. 2.

⁵³⁴ Ibid. p. 10.

⁵³⁵ Ibid. p. 39.

⁵³⁶ En ce sens, M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, op. cit., p. 211.

et non pas simplement une recherche d'un profit immédiat et direct⁵³⁷. La nature coopérative du contrat de PPP sera précisée et analysée de manière approfondie dans la deuxième partie de cette étude, lorsque nous démontrerons que le BOT est un instrument de coopération économique puisant aussi bien aux sources du modèle concessif que du *project financing*. La coopération présente cependant des limites et ne peut être un vecteur de succès que si elle est juridiquement bien encadrée et menée avec volontarisme ainsi qu'une rigoureuse loyauté. Par conséquent, si les PPP recèlent des apports potentiels pour la mise en œuvre de projets d'intérêt collectif, ils peuvent également connaître des limites et ne constituent aucunement une panacée.

SECTION IV : APPORTS ET LIMITES RÉELS OU POTENTIELS DES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

167. La raison principale avancée pour la mise en œuvre d'un PPP est d'améliorer la prestation de services ou la fourniture de biens collectifs qui incombent normalement à un Etat ou à toute autre personne publique⁵³⁸. Il s'agit donc d'améliorer, par la participation du secteur privé, l'efficacité et l'efficience des services et biens collectifs. La participation du secteur privé ne suffit cependant pas en soi à garantir l'amélioration d'une telle prestation. Ainsi, ce n'est que si les PPP sont judicieusement et opportunément mis en œuvre qu'ils peuvent effectivement améliorer la prestation de services ou la fourniture des biens collectifs (Sous-section 1). Pour ces mêmes raisons d'opportunité et de choix judicieux, ils présentent des limites quant à la recherche de l'efficacité et de l'efficience (Sous-section 2).

Sous-section 1: Les partenariats public-privé comme facteur d'efficacité voire d'efficience : une analyse économique

168. Selon l'OCDE, un PPP est essentiellement un mode de prestation de services qui vise à optimiser la dépense publique occasionnée par ladite prestation, en comparaison de la méthode traditionnelle de la fourniture par l'Etat⁵³⁹. Dès lors, le seul fait de conclure un contrat avec un opérateur privé pour qu'il assure un service ne garantit nullement un meilleur rendement des fonds engagés⁵⁴⁰. Le recours à un PPP doit par conséquent être le

⁵³⁷ J. Touscoz, « Coopération industrielle et cofinancements internationaux (Considérations théoriques et méthodologiques) », in RDAI, 1986, n° 7, p. 664 ; *adde*, A. Mezghani, « La signification du prix dans les contrats clé-en-main », in JDI, 1990, p. 275.

⁵³⁸ Pour F. Monera, le schéma PPP présente des intérêts indéniables qui le rendent incontournable : i) le PPP serait simple d'utilisation (nous verrons cependant que tout est fonction du projet en cause) ; ii) le PPP serait de nature à stimuler la croissance et l'emploi dans des domaines où le secteur public est de moins en capable d'intervenir ; iii) le PPP serait plus économique et permettrait des réalisations plus rapides et plus fiables ; iv) il permettrait la formation continue des techniciens à la charge du privé et ferait bénéficier les collectivités publiques du savoir-faire et des performances des entreprises spécialisées ; v) il stimulerait les gestionnaires et surtout autorise un partage des risques : Cf. F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », *op. cit.*, p. 358-359.

⁵³⁹ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁴⁰ Ceci est d'autant plus vrai que comme le souligne Starr, "Empirically, it seems unlikely that contracting-out, vouchers, and other arrangements for paying private providers will reduce pressure on government spending ; the contractors are as likely as public employees to lobby for larger budgets" : P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, *op. cit.*, p. 32-33. *Adde*: Trujillo et consorts pour lesquels "(...) when the available experiences are examined in greater depth, in many cases we encounter the long and generous hand of the public sector behind the projects, with a variety of subsidies, guarantees and barriers to competition, as has been the case with many privately operated toll roads in Europe. (...) Thus, in some cases (particularly in emerging economies) infrastructure development through BOT schemes may be an incorrect answer to public sector inefficiency and budgetary restrictions": José A. Trujillo, R. Cohen, X. Freixas

résultat d'une analyse et d'évaluations économiques approfondies faisant ressortir la faisabilité financière du projet ainsi qu'une optimisation de la dépense publique (I). La procédure ordinaire d'appel d'offres, laquelle peut offrir un certain gain financier et d'efficacité au partenaire public, pourrait être utilement complétée par deux méthodes d'évaluation à savoir : l'analyse coût-bénéfice ou le comparateur du secteur public (II). Des évaluations et des analyses économiques positives ne suffisent cependant pas à elles seules à garantir le succès d'un PPP, encore faut-il que le résultat de celles-ci soit appliqué dans un environnement juridique approprié et qu'une volonté politique forte accompagne le projet en cause (III).

I- La faisabilité financière et l'optimisation de la dépense publique (ODP) conditionnent le recours aux PPP

169. Certains auteurs estiment que la décision de recourir à un PPP doit être prise en connaissance de cause et qu'un processus en deux étapes peut être suivi pour y parvenir : une première étape consistera à déterminer si un projet donné est acceptable sur la base d'une planification des investissements ainsi que de procédures d'évaluation de projets bien conçues et, la seconde étape consistera à déterminer si un projet valable doit faire l'objet d'un marché public classique ou d'un P.P.P.⁵⁴¹. Cette analyse est confirmée par l'OCDE pour laquelle un PPP viable devrait répondre à deux critères au moins : sa faisabilité financière et l'optimisation de la dépense publique (ODP) qu'elle entraîne⁵⁴².

170. Un projet est financièrement acceptable si la charge qu'il entraîne, dans le cadre d'un PPP ou d'une autre modalité de fourniture, est compatible avec la contrainte budgétaire intertemporelle⁵⁴³ imposée à l'Etat⁵⁴⁴. Par ailleurs, un PPP peut rendre un projet faisable si l'ODP est supérieure à celle réalisée avec le service public traditionnel⁵⁴⁵, et si et

and R. Sheehy, "Infrastructure Financing with Unbundled Mechanisms" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 259.

⁵⁴¹ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 12. D'une part, ces auteurs proposent la méthode de l'analyse coûts/avantages (Cf. *infra*) pour procéder à de telles évaluations tout en précisant qu'un des aspects importants de la première étape consistera à classer tous les projets sur la base de leurs rendements – économique ou social – et à décider lesquels peuvent être financés et méritent par conséquent d'être entrepris. D'autre part, ils suggèrent l'utilisation d'un comparateur du secteur public (CSP Cf. *infra*), lequel indiquera le coût de la fourniture du service par l'Etat et peut servir à déterminer si la meilleure soumission du secteur privé pour un contrat PPP offre à cet Etat un meilleur rapport qualité-prix. Pour comparer le coût des deux flux de paiements, ces auteurs recommandent à l'Etat concerné de calculer la valeur actualisée de ces flux, en tenant compte de la valeur-temps de l'argent et de toute différence pertinente dans le degré de risque associé aux deux flux de paiements.

⁵⁴² OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 36 où l'OCDE précise qu'en raison de la nature extrabudgétaire des PPP, leur utilisation a parfois conduit à une appréciation erronée de leur incidence sur la faisabilité des projets. Or, la faisabilité financière n'est pas uniquement liée aux PPP, mais plus généralement aux composantes de la dépense publique.

⁵⁴³ Le budget est en effet établi sur une base annuelle, ce qui ne permet pas l'évaluation des conséquences financières à moyen et long termes de toutes les décisions budgétaires. La période de référence ne saurait donc être annuelle mais de long terme.

⁵⁴⁴ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 36 ; *adde* pour une approche budgétaire et comptable intertemporelle des PPP : E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision", op. cit., p. 43 et s. Pour ces auteurs par exemple (p. 43) : « PPPs change the timing of government revenues and disbursements, and the composition of financing, yet they have little impact on the intertemporal budget constraint ».

⁵⁴⁵ Selon un rapport de la Commission européenne de 2003 cité par l'OCDE, l'ODP est attribuée à une réduction des coûts pendant le cycle de vie du projet, à une meilleure répartition du risque, à une application plus rapide, à une amélioration de la qualité du service et à l'obtention de recettes supplémentaires : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 36-37.

seulement si cette optimisation accrue peut être obtenue par un PPP alors que ledit projet n'aurait pas été compatible, dans le cadre traditionnel, avec la contrainte budgétaire intertemporelle⁵⁴⁶. MM. Akitoby et consorts estiment néanmoins que si les PPP sont bien structurés et bien mis en œuvre, ils peuvent offrir des perspectives de gains d'efficacité dans la construction d'infrastructures et la fourniture de services liés à de telles infrastructures et pourront, de ce fait, abaisser pour l'Etat le coût de la mise à disposition de ces services⁵⁴⁷.

171. Il résulte des analyses précédentes que chaque Etat doit opérer un choix entre le financement traditionnel du service public et le PPP pour chaque projet donné. Ce choix doit être fondé sur la comparaison de ces deux options⁵⁴⁸ et l'option finalement retenue devrait être celle qui, tout en étant efficace, est la plus abordable financièrement et permet d'optimiser au maximum la dépense publique. Une évaluation préalable de l'ODP pour chaque projet donné paraît donc nécessaire et les facteurs à prendre en compte sont nombreux à savoir⁵⁴⁹ :

- la faisabilité financière et, partant, l'ODP⁵⁵⁰ ;
- la faisabilité financière, le caractère limitatif de la répartition des crédits et les plafonds budgétaires imposés par la loi ;
- le rôle et la nature du transfert de risque ;
- le degré de concurrence (voir *supra* nos développements sur la libéralisation n^{os} 124 à 125 : celle-ci permet en effet de rendre le marché parfaitement « contestable », ce qui signifie que indépendamment du nombre d'entreprises effectivement présentes sur le marché, l'entrée et la sortie de celui-ci sont totalement libres et sans coût)⁵⁵¹ ;
- la nature du service.

⁵⁴⁶ Dans le même sens A. Lécivain, « The Financial Approach » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p.114 où l'auteur précise: “ *Reliance on a public-private partnership does not, in and of itself, generate resources and no way allows financing a project which is both economically and financially infeasible.*”

⁵⁴⁷ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 11 ; *adde* dans le même sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 54: “The main argument in favour of PPPs is efficiency gains, not lowering cost of public funds (which PPPs do not do)” (c’est nous qui soulignons).

⁵⁴⁸ M. Ribault voit deux autres avantages dans cette comparaison à savoir : (i) the providing of diversified information for yardstick comparison ; (ii) the limitation of the possible long-term effects of concentration in the utility market : A. Ribault, “Lessons from the French Experience in Public and private Partnership” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 520.

⁵⁴⁹ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 37.

⁵⁵⁰ Sur la faisabilité financière et l'ODP : Cf. OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 38-44.

⁵⁵¹ Pour un résumé de la théorie de la concurrence parfaite : Cf. F. Magris, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la Banque Mondiale, le FMI et l'OMC » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 195 et s. Selon l'OCDE, la concurrence est essentielle pour assurer un transfert effectif du risque dans le cadre d'un PPP et en son absence l'Etat assume presque l'ensemble du risque quelles que soient les conditions prévues au contrat : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 56.

172. La nature du service peut ainsi pousser un Etat à rechercher, au-delà de l'efficience⁵⁵², l'efficacité dans la manière de le dispenser à ses usagers. On relève ainsi que l'efficacité devient importante sous l'angle de l'équité⁵⁵³ lorsque le niveau de pauvreté empêche les personnes défavorisées d'exprimer effectivement la demande d'un service, alors même que leurs besoins sont importants comme c'est le cas en ce qui concerne par exemple l'approvisionnement en électricité des régions pauvres et éloignées des pays en développement⁵⁵⁴.

173. En dernière analyse, tout Etat ne devrait entreprendre un PPP qu'après s'être assuré qu'il en obtiendra une ODP supérieure par rapport au mode classique de financement ou de prestation des services publics et ce, grâce à une comparaison préalable de l'ODP de ces deux modes opératoires⁵⁵⁵. Outre la procédure ordinaire d'appel d'offres ouvert qui peut garantir une certaine ODP⁵⁵⁶, deux méthodes sont en général proposées pour comparer l'ODP d'un PPP et celle d'un mode classique de fourniture de services publics. Il s'agit, d'une part, de l'analyse coûts-avantages de toutes les solutions pouvant être mises en œuvre pour un projet et, d'autre part, du recours au Comparateur du secteur public (CSP).

II- L'analyse coûts-avantages et le comparateur du secteur public (CSP) : deux méthodes d'évaluation de l'ODP et de la faisabilité financière d'un PPP

174. L'analyse coûts-avantages ou l'analyse coûts-bénéfices est une technique d'évaluation, en termes d'une mesure monétaire commune, des avantages (bénéfices) et inconvénients (coûts) sociaux d'un ou d'un ensemble de projets publics, afin d'en déterminer l'utilité pour la collectivité⁵⁵⁷. Cette technique permet d'identifier et d'évaluer en termes monétaires ainsi que de comparer toutes les conséquences économiques d'un projet⁵⁵⁸. De

⁵⁵² On remarque ainsi que la notion d'efficience n'a rien à voir avec celle de la justice distributive : Cf. F. Magris, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la Banque Mondiale, le FMI et l'OMC » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation* – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège op. cit., p. 200 où l'auteur indique, à titre d'illustration, qu'une allocation où un individu possède la totalité des biens et où tous les autres agents ne consomment pas est dans tous les cas efficiente, car l'unique déplacement de cette position demanderait à l'individu « riche » de céder une partie de ses ressources aux autres, empirant son bien-être, en vertu de l'axiome de la monotonie des préférences qui rend tous les individus insatiables.

⁵⁵³ Voir cependant sur le conflit entre équité et efficacité : L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 114 et s.

⁵⁵⁴ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 62 où l'OCDE précise que l'Etat peut également envisager d'utiliser un PPP quand les coûts irrécouvrables de la fourniture sont considérés comme trop élevés par le secteur privé pour que celui-ci soit la seule partie responsable pour assurer le service.

⁵⁵⁵ En ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 70.

⁵⁵⁶ Cette procédure qui selon l'OCDE est pratiquée aux Etats-Unis, en France, dans les pays d'Amérique latine, en Europe de l'est et en Afrique francophone pourrait certes garantir une ODP, mais elle suscite néanmoins l'interrogation sur le point de savoir si le secteur public a réellement économisé ou réalisé une ODP en l'absence d'un Comparateur du secteur public : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 73.

⁵⁵⁷ En ce sens, L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 325.

⁵⁵⁸ Pour une présentation des trois éléments clés de toute analyse coûts-avantages Cf. L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 326-334. L'auteur précise que l'analyse coûts-avantages peut être engagée pour répondre à trois questions :

- déterminer si un projet produit un bénéfice net, c'est-à-dire un bénéfice social supérieur au coût social ;
- ordonner différents projets par ordre de rentabilité sociale afin d'en sélectionner le ou les meilleurs selon les disponibilités financières ;

manière générale, l'analyse coûts-bénéfices des politiques publiques permet d'objectiver les contraintes et les effets liés à ces politiques ainsi que de comparer celles-ci sur une base commune⁵⁵⁹. On note cependant que les projets soumis l'analyse coûts-avantages ne doivent pas être très complexes et être délimités⁵⁶⁰. Ceci en limite pratiquement l'utilité pour les projets PPP, dans la mesure où ceux-ci sont essentiellement des projets complexes⁵⁶¹. C'est d'ailleurs cette complexité qui justifie en grande partie le recours à ce mode opératoire.

175. Le Comparateur du secteur public (CSP) est, selon l'OCDE, un plan de référence représentant une exposition hypothétique d'un projet qui serait entrepris par la voie traditionnelle, ce qui aide l'Etat à choisir entre le mode de prestation traditionnel ou un PPP pour fournir un service⁵⁶². Concrètement, le CSP modélise les estimations financières de ce que les coûts envisagés dans un P.P.P seraient si, au lieu de ce PPP, le projet était intégralement financé et géré par les pouvoirs publics.

176. Le CSP peut être employé, soit avant la procédure d'appel d'offres (méthode en vigueur en Afrique du sud, au Japon et aux Pays-Bas)⁵⁶³, soit après la procédure d'appel d'offres (méthode adoptée par l'Australie)⁵⁶⁴. Néanmoins, on reproche au CSP son caractère hypothétique dans la mesure où si l'Etat n'a pas l'intention d'utiliser le mode classique des marchés publics, il ne peut obtenir des propositions de prix ou des offres réelles⁵⁶⁵. De plus, si l'utilisation du CSP a permis de constater théoriquement une ODP, celle-ci ne peut être garantie après la conclusion du contrat que par une surveillance de la performance du PPP pendant toute sa durée de vie⁵⁶⁶. Ceci pose la question de l'environnement juridique et politique du PPP.

- déterminer la taille optimale d'un projet ou définir parmi plusieurs variantes la meilleure.

⁵⁵⁹ B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 67 ; *adde* : J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, op. cit., p. 84.

⁵⁶⁰ En ce sens, L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 326.

⁵⁶¹ On cite comme autres limites à l'utilisation de cette méthode : le caractère artificiel de l'affectation d'un prix aux avantages non marchands, la valorisation systématique du comportement étatique qui en résulte, les difficultés d'identification des effets potentiels de chaque décision : Cf. J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, op. cit., p. 84.

⁵⁶² Cf. en ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 74.

⁵⁶³ Dans ce cas, le CSP est comparé à un PPP théorique ou de référence et on ne passe à l'appel d'offres que si ce PPP de référence a démontré que cette solution était à même d'offrir une meilleure ODP que le mode de prestation classique : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 72.

⁵⁶⁴ Ici, le CSP est comparé aux offres réelles de P.P.P afin de déterminer si elles présentent ou non une ODP : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 72.

⁵⁶⁵ Ibid. p. 74.

⁵⁶⁶ Ibid. p. 81 ; *adde* Gerrard pour qui : "PPPs can be an effective antidote to the temptation of short-termism in both the public and the private sector": Michael B. Gerrard, "Public-Private Partnerships. What are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p.4.

III- Volonté politique forte et environnement juridique approprié comme éléments catalyseurs

177. MM. Akitoby et consorts considèrent que trois grands facteurs semblent en définitive gouverner la réussite d'un PPP ainsi que l'amélioration de l'efficacité des services fournis grâce au recours à cette technique ⁵⁶⁷ :

- (i) un cadre légal et réglementaire clair et précis régissant la mise en œuvre de PPP ;
- (ii) un processus rigoureux de sélection et de mise en œuvre des PPP ainsi qu'un rôle actif du gouvernement de l'Etat d'accueil du projet ;
- (iii) outre une comptabilité budgétaire transparente et la divulgation de tous les risques pour le budget de la part des Etats, il faut également une stricte précision des obligations contractuelles sur lesquelles reposent les PPP (notamment du point de vue de la répartition des risques entre parties) puisque ces obligations déterminent directement le risque budgétaire encouru par l'Etat.

Sur la base de ces facteurs, les PPP pourraient s'avérer, contre toutes les apparences selon certains, comme un puissant mode de relance de l'interventionnisme des pouvoirs publics dans la sphère économique⁵⁶⁸.

178. En dernière analyse, les objectifs d'efficacité et d'efficience que visent au premier chef les PPP peuvent être atteints, pour autant que l'option en faveur de ceux-ci soit opportune et qu'ils soient judicieusement mis en œuvre et constamment surveillés. On ne peut en effet négliger l'opinion selon laquelle, déjà du point de vue sémantique, le choix du vocable « *partenariat* » imprimerait une certaine bonhomie aux PPP, laissant de côté ses éventuels côtés plus « *sombres* »⁵⁶⁹. Est en quelque sorte ainsi posée la question des limites des PPP, ceux-ci pouvant, s'ils sont improprement utilisés, présenter des dangers pour et conduire à des abus au détriment la collectivité.

Sous-section 2 : Limites potentielles et supposées des partenariats public-privé

179. L'examen du phénomène des PPP nous a révélé qu'il s'agit d'un concept controversé et parfois contesté. Il en résulte qu'à côté de certaines limites potentielles (II), d'autres limites aux PPP sont simplement supposées et ne résistent pas à la critique (I).

I- Les limites supposées des PPP

180. Au premier rang des critiques à l'égard des PPP se trouve la thèse selon laquelle celui-ci constituerait une privatisation et comme telle connaîtrait les mêmes limites que cette dernière opération (A). De même, d'aucuns estiment que le recours aux PPP n'apporterait aucune plus-value aux personnes publiques dans la mesure où ces dernières, n'étant

⁵⁶⁷ En ce sens, B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 11.

⁵⁶⁸ D. D'hooge et F. Vandendriessche, *Publiek-privaat samenwerking*, Bruges, Die Keure, 2001, p. 3, cité par D. Yernaut, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 180 où l'auteur indique que l'ouvrage précité de D'hooge et Vandendriessche recense les premières initiatives de PPP en Flandre où ces partenariats sont considérés comme un puissant mode de relance de l'interventionnisme public depuis 1999.

⁵⁶⁹ A.-L. Durviaux, « Regard croisé sur la contractualisation du droit administratif de l'économie : illustration sur le thème des partenariats publics privés » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 215 où cet auteur affirme que le choix du vocable relève, à la fois, d'un acte de foi et d'une certaine naïveté.

nullement exposées à un quelconque risque de défaillance, bénéficieraient d'un taux de financement avantageux sur les marchés par rapport aux personnes privées (B).

A- Limites tirées de l'assimilation des PPP aux privatisations

181. La notion de PPP est considérée comme comportant une dimension idéologique qui tendrait fréquemment à minimiser la différence de nature entre les institutions publiques et les entreprises privées et à mettre sur le même pied leurs responsabilités, leurs finalités et les risques encourus : les PPP s'insèreraient ainsi dans un mouvement de privatisation⁵⁷⁰. Nous avons cependant longuement analysé le concept de privatisation (Cf. *supra* n^{os} 98 et s.) dont il résulte au moins deux différences fondamentales avec les PPP :

- premièrement, et à la différence du PPP, la privatisation n'exige nullement de convergence des objectifs entre les partenaires public et privé, ce dernier partenaire étant essentiellement motivé par le souci de maximisation des profits dans toute opération de privatisation ;
- deuxièmement, la doctrine relève que l'une des différences fondamentales entre les PPP et les privatisations réside dans le fait que les personnes publiques gardent dans le cadre des PPP un pouvoir de contrôle permettant de sanctionner le partenaire privé – par exemple par des pénalités – et de procéder à son remplacement dans le cours du partenariat, voire de mettre fin à celui-ci en cas de manquements graves⁵⁷¹. C'est la situation contraire qui prévaut dans une opération de privatisation dans laquelle les personnes publiques n'ont qu'un contrôle relatif voire quasi-inexistant dans certains cas sur la partie privée.

182. L'on fait remarquer au demeurant que le résultat d'une opération de privatisation n'est pas toujours une entreprise privée, la privatisation pouvant parfois donner naissance à des entreprises hybrides soumises à des influences variables du public ou du privé⁵⁷². Par ailleurs, le Parlement européen (expression malgré tout⁵⁷³ du suffrage universel à l'échelle européenne), qui a à plusieurs reprises censuré les « dérives libérales » de la Commission européenne, reconnaît que « (...) *Les PPP ne constituent pas une première étape vers la privatisation de services publics* »⁵⁷⁴. De manière plus radicale, on observe qu'il y a une différence de nature fondamentale entre privatisation et délégation au secteur privé car, si par exemple un contrat de concession peut être librement signé avec un opérateur privé, la

⁵⁷⁰ D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 230 ; *adde* : Linder pour qui "(...) Accordingly, partnering, in this literature, is distinct from privatization in name only. Further, what passes for partnerships, because of the term's connotation of cooperativeness and its reformist cachet, can extend from indirect subsidies to traditional procurement contracting": Stephen H. Linder, "Coming to Terms with the Public-Private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 89.

⁵⁷¹ K. Verhoest, « De meerwaarde en de succesfactoren van publiek-private samenwerking voor openbare besturen », in *Publiek-Private Samenwerking / Verslagboek van de studiedagen georganiseerd door het Instituut voor Overheid*, Bruges, Die keure, 2003, p. 7 et s. cité par K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 23 ; *adde* O. Hart, "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and application to public-private partnerships", op. cit., p. 70.

⁵⁷² P. Starr, "The Meaning of Privatization" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 18 où l'auteur affirme que: "Although it may seem odd, the product of privatization is not always a private firm; privatization also yields hybrid enterprises with varying balances of influence."

⁵⁷³ Pour M. Fitoussi en effet, « on pourrait même affirmer que par une curieuse inversion des choses la « constitution » de l'Europe est telle que le politique est confié à des institutions non élues et la gestion courante des affaires économiques aux gouvernements. » : J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 9-10, spéc. note 1.

⁵⁷⁴ Cf. Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2006 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 2006/2043 (INI).

privatisation nécessite, dans tous les Etats du monde, une loi dans la mesure où elle appauvrit le patrimoine de l'Etat (ou de la collectivité) concerné, patrimoine qui est ainsi cédé sans possibilité de retour – sauf à voter en sens contraire une loi de nationalisation – au secteur privé⁵⁷⁵.

183. Les PPP pourraient d'ailleurs permettre, selon certains auteurs, que soit clairement identifié le point de départ des missions accessoires par opposition aux missions régaliennes de l'Etat⁵⁷⁶. Bien plus, on estime que les PPP peuvent aussi être l'occasion d'une publicisation du secteur privé⁵⁷⁷. Il existerait au demeurant entre ces deux secteurs une compétition sur le marché financier, le secteur public ayant dans ce domaine une sorte d'avantage « inné » sur le secteur privé. En effet, le secteur public emprunterait à des taux plus avantageux sur le marché que le secteur privé, ce qui rendrait le recours aux P.P.P sans objet.

B- Limites tirées du taux de financement supposé avantageux pour les personnes publiques

184. On a soutenu que le secteur public, au contraire du secteur privé, bénéficierait dans la plupart des cas de meilleurs taux de financement et, à l'exception des simples entreprises à participation publique, que les entreprises publiques, les services publics et autres organismes d'intérêt public ne peuvent être déclarés en faillite⁵⁷⁸. Tout ceci rendrait par conséquent les PPP plus coûteux et partant sans objet. Cette limite supposée des PPP apparaît cependant discutable à l'analyse.

185. Sur le plan factuel d'une part, les cas récents du Zimbabwe, de l'Islande, de la Grèce, de l'Italie et, dans une certaine mesure, de l'Etat de Californie ne laissent pas d'interroger sur la théorie de la prétendue « infailibilité » des Etats et autres personnes publiques⁵⁷⁹. D'aucuns affirment d'ailleurs que l'insolvabilité des Etats est loin d'être une donnée nouvelle⁵⁸⁰. Bien plus, il n'est nullement démontré d'autre part que soumis aux mêmes conditions d'évaluation, le secteur public bénéficierait toujours de taux meilleurs de

⁵⁷⁵ En ce sens, Cf. C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 94. Il suffit à l'inverse, selon l'auteur, d'une simple clause du contrat pour que la concession s'arrête et que l'opérateur privé doive rendre les ouvrages publics et faire les comptes de son exploitation pendant la durée accomplie.

⁵⁷⁶ D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xvi: "Another merit of a partnership agenda is to determine the point at which the core ends and ancillary services begin".

⁵⁷⁷ F. Tulkens, « Les partenariats public-privé : six constats critiques en guise de conclusions » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 393. L'auteur affirme que si le PPP est le plus souvent considéré comme une privatisation plus ou moins larvée des activités publiques, l'effet inverse n'est pas à exclure.

⁵⁷⁸ Centre européen pour les entreprises publiques (CEEP), « Answer to the Green Paper on PPP and community Law on Public contracts and concessions », CEEP 04/avis.5, juillet 2004 cité par D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Rev. de droit de l'ULB op. cit., p. 168.

⁵⁷⁹ Il serait peut-être plus exact, à notre sens, de dire que de telles personnes ou institutions publiques ne peuvent être déclarées en faillite, la question étant dès lors celle de l'absence d'une procédure de faillite adaptée à de telles personnes.

⁵⁸⁰ J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 2005, p. 662 ainsi que les références citées. Pour ces auteurs, les situations d'insolvabilité des Etats furent très nombreuses au XIX^{ème} siècle et se sont poursuivies tout au long du XX^{ème} siècle. Ils relèvent qu'à la différence des débiteurs privés, les Etats en « cessation des paiements » (sic) ne sauraient faire l'objet d'une procédure de liquidation ou de redressement judiciaire, la seule solution s'offrant face à un débiteur public étant la renégociation de la dette.

financement. Selon certains auteurs en effet, le coût de l'endettement des secteurs public et privé est influencé essentiellement par le risque de défaillance qui pèse sur le secteur privé et non sur la capacité de retour sur investissement de projets spécifiques dans lesquels serait impliqué l'un ou l'autre secteur⁵⁸¹. Il y aurait par conséquent un biais en faveur du secteur public qui court moins le risque de défaillance – ce qui est tout relatif comme les faits récents nous le démontrent et même si un gouvernement peut toujours lever des impôts (qui ne sauraient d'ailleurs confiner à l'expropriation) pour faire face à ses obligations financières – tandis que le risque de défaillance du secteur privé existe bel et bien et est pris en compte dans le taux de financement qui peut lui être accordé⁵⁸².

186. Ce qui détermine en fin de compte le coût du financement ou des capitaux semble être l'aptitude de l'emprunteur à gérer ou assumer le risque⁵⁸³, d'autant plus qu'il est désormais admis que dans un système financier bien développé, l'Etat et le secteur privé peuvent opérer sur les mêmes marchés et donc puiser dans les mêmes fonds⁵⁸⁴. Un groupe d'auteurs, tout en reconnaissant que la théorie du taux de financement supposé avantageux pour les personnes publiques pourrait être erronée dès la base, affirme que le coût élevé des PPP serait du, pour partie, à la mauvaise rédaction des contrats (« faulty contract design ») et, pour partie, aux incitations inhérentes à cette technique et visant à en réduire les coûts⁵⁸⁵. Le fait qu'il y ait par conséquent une « prime » pour les PPP ne saurait être considéré comme un inconvénient fondamental⁵⁸⁶.

187. Plus fondamentalement, les risques d'un projet ne disparaissent nullement du fait que celui-ci est financé par un Etat ou par une personne publique⁵⁸⁷. En effet, si les revenus d'un projet apparaissent insuffisants pour rembourser les emprunts accordés, la charge du remboursement reposera en dernier ressort sur les contribuables qui dans ce contexte, sans pouvoir bénéficier d'une responsabilité limitée, jouent un rôle similaire à celui des actionnaires d'une société de capitaux : le coût de l'endettement des personnes publiques pourrait ainsi se révéler dans la réalité plus élevé que celui des personnes privées qui peuvent par ailleurs bénéficier de l'aptitude des marchés de capitaux à gérer différents

⁵⁸¹ M. Klein, "The risk premium for evaluating public projects" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 346; *adde*: Grout et Klein cités par D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xxx-xxxi.

⁵⁸² Cf. en ce sens MM. Grout et Klein qui affirment en effet que: "(...) the private provision of finance (...) explicitly builds the risk into the cost of funds. By contrast, the traditional public procurement process masks the risk; the government can fund the project at a risk-free rate independent of actual risk position. (...) This residual risk imposed upon taxpayers is a cost, which ought to enter into any cost-benefit analysis. If this were done, the real cost of government borrowing would be the same as the private sector, if the underlying risk of the projects were the same.": Grout et Klein cités par D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xxx-xxxi.

⁵⁸³ M. Klein, "The risk premium for evaluating public projects" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 350 où l'auteur précise que: "Differences in the cost of finance or capital reflect differing abilities to bear risk or cope with it."

⁵⁸⁴ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 25, spéc. note 1.

⁵⁸⁵ En ce sens Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision", op. cit., p. 42 ainsi que la référence à Riess (2008) citée. Ces auteurs ajoutent par ailleurs que: "For a well designed PPP contract, the higher cost of capital may well be the flip side of the efficiency advantage of PPPs as compare to public provision".

⁵⁸⁶ Ibid. p. 52 et 57. Pour ces auteurs (p. 57): "In exchange for the high cost of sponsor funds, the procuring authority obtains the services of a company that is focused on reducing life cycle costs".

⁵⁸⁷ R. A. Brealey, I. A. Cooper and M. A. Habib, "Using project finance to fund infrastructure investments" in *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 9, n° 3, Fall 1996, p. 37.

risques⁵⁸⁸. Certaines autres limites des PPP peuvent s'avérer réelles et méritent pour cette raison d'être prises en considération et analysées.

II- Limites potentielles des PPP

188. Nous avons vu que nombre de facteurs (cadre institutionnel approprié, cadre légal et réglementaire clair et précis, transparence et publicité en ce qui concerne les risques courus ainsi que les garanties données, accompagnement actif du gouvernement...) conditionnent le succès d'un PPP. En conséquence, l'absence ou l'insuffisance de ces facteurs (ou de l'un d'eux) peut constituer une sérieuse limite à la réussite d'un PPP. Ainsi, de l'absence ou de l'insuffisance d'un cadre institutionnel et légal ou réglementaire approprié (A), de même que le manque de transparence ou l'absence d'accompagnement actif du partenaire public (B).

A- Limites tenant à l'absence ou à l'insuffisance d'un cadre institutionnel et légal ou réglementaire approprié

189. L'unanimité semble se faire en doctrine sur le rôle fondamental de la mise en place de capacités institutionnelles appropriées pour créer, gérer et évaluer les PPP afin d'en assurer la réussite⁵⁸⁹. Une des limites aux PPP pourrait par conséquent venir de ce que ceux-ci ne peuvent être mis en œuvre sans une réforme institutionnelle adaptée⁵⁹⁰. Concrètement, la mise en œuvre des PPP exige la constitution d'un ensemble de compétences multidisciplinaires en matière comptable, économique, juridique et fiscale ainsi que l'acquisition de connaissances techniques dans des secteurs spécifiques de sorte

⁵⁸⁸ Ibid. *Contra* cependant: O. Hart, "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and application to public-private partnerships", op. cit., p. 75: "Policy makers frequently argue that PPPs are good because the private sector is cheaper source of financing or insurance than the public sector. This thinking is strange for an economist since it is hard to imagine an agent that is more able to borrow or to provide insurance than the government (with its enormous powers of taxation)".

⁵⁸⁹ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 11 ; B. Lombaert, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 9 ; M. Stewart-Smith, « Private financing and infrastructure provision in emerging markets » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 117-119; OCDE, *Les partenariats public-privé - Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 108 ; D. Lorrain, "Ten years of public utility reforms : 7 lessons (From privatization to public-private partnership)" in *Financing of major infrastructure and public service projects - Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, Paris, Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2002, p. 35-36. *Contra* cependant J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 92 où l'auteur affirme que sur la base d'une synthèse de résultats d'études empiriques, les institutions ne semblent pas avoir le rôle essentiel qui leur est habituellement prêté dans la littérature mais, que c'est leur cohérence qui joue un rôle important. Ce serait alors la configuration des variables institutionnelles, *leur cohérence*, davantage que la conformité de chacune aux *a priori* théoriques, qui importe (c'est l'auteur qui souligne certaines expressions).

⁵⁹⁰ L'OCDE recommande par conséquent la mise sur pied par les gouvernements intéressés d'unités spécialisées dans les PPP, ceci pour plusieurs raisons à savoir : faire en sorte que les ministères gèrent bien les PPP au regard de leur budget et ne succombent pas à l'illusion que c'est un moyen pour l'Etat de dépenser plus ; s'assurer que les ministères n'adoptent pas un comportement de « resquillage », consistant à faire prendre à l'Etat tout entier l'engagement d'honorer des obligations futures de paiement dont ils savent qu'elles dépassent leurs propres dotations budgétaires futures ; créer un centre de compétence que les ministères et autres entités publiques puissent solliciter lorsqu'ils lancent des PPP et élaborent les contrats correspondants ; réguler la création des PPP par les ministères et autres entités publiques, de sorte à garantir qu'ils remplissent toutes les exigences de faisabilité financière, d'ODP et de transfert du risque ; séparer la pratique de la politique des PPP : OCDE, *Les partenariats public-privé - Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 108.

à pouvoir évaluer l'ODP de chaque projet envisagé⁵⁹¹. Le manque de compétence de l'Etat (manque d'expertise non seulement pour négocier le contrat de PPP mais également pour suivre et réguler celui-ci après le lancement de la construction et/ou de l'exploitation) peut compromettre l'ODP attendue du PPP et, en même temps, met le partenaire public dans une situation défavorable en cas d'éventuelles renégociations du contrat après sa conclusion⁵⁹².

190. L'absence d'un cadre institutionnel adapté pour les PPP peut également entraîner un renforcement des situations de concurrence imparfaite, notamment dans les pays en développement. On estime ainsi que dans l'hypothèse où une entreprise disposerait – grâce par exemple à une concession – du monopole de production d'un certain bien, ce monopoliste qui connaît la demande du bien par les consommateurs fixera un prix plus élevé que celui qui se serait formé dans un régime de concurrence parfaite : le monopoliste place alors les consommateurs devant un choix, accepter le prix fixé ou renoncer au bien⁵⁹³. C'est pour pallier cet inconvénient que le cadre institutionnel tend, par exemple, à limiter les contrats de BOT à une infrastructure précise et non à l'ensemble du système⁵⁹⁴.

191. Par ailleurs, plusieurs expériences tirées dans divers pays semblent suggérer que l'infrastructure économique (les transports par exemple) représenterait le plus souvent le domaine d'application idéal des PPP, au contraire de l'infrastructure sociale (santé et éducation par exemple)⁵⁹⁵. Ceci s'expliquerait par trois grandes raisons :

- les projets bien conçus répondant à des goulots d'étranglement bien identifiés dans l'infrastructure (par exemple les routes, les chemins de fer, les ports et l'énergie) sont susceptibles d'avoir des taux de rendement économiques élevés et sont par conséquent attractifs pour le secteur privé ;

⁵⁹¹ Ibid. p. 114. *Adde* pour une illustration de l'importance d'un rassemblement de compétences multidisciplinaires pour la rédaction du cahier des charges du partenaire public dans de nombreux projets : A.M. Abdel-Aziz and A.D. Russel, « A structure for government requirements in public-private Partnerships » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 276 et s.

⁵⁹² Selon Malone (cité par l'OCDE), l'insuffisance de compétence est responsable des sommes élevées que l'Etat verse à des conseillers lorsqu'il négocie les contrats de PPP et ces coûts sont parfois de nature à le dissuader d'utiliser cette méthode : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 66.

⁵⁹³ En ce sens Cf. : F. Magris, « Logique de marché et pouvoirs publics dans la sphère internationale : la Banque Mondiale, le FMI et l'OMC » in *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège* op. cit., p. 201. Il s'agit alors selon cet auteur d'une sorte d'« expropriation » de la souveraineté du consommateur, lequel se retrouvera à payer plus cher un bien tandis que le monopoliste obtiendra un surplus de profits. *Adde* : J. Fontanel, *L'action économique de l'Etat*, op. cit., p. 138-139 où l'auteur affirme que dans la relation entre les consommateurs et le monopole, il y a un caractère inéluctable au résultat économique obtenu du fait de l'impuissance des agents économiques à agir différemment de la fonction qui leur est attribuée.

⁵⁹⁴ Cf. en ce sens, K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 27 où l'auteur indique que les personnes publiques pourraient, par exemple, utiliser des contrats de BOT pour la construction d'un centre de traitement des eaux usées sans cependant inclure dans le périmètre du partenariat tout le système de distribution d'eau potable ni sa commercialisation.

⁵⁹⁵ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 9. *Adde* sur l'expérience au Royaume-Uni de la Private Finance Initiative (PFI) dans le domaine des infrastructures sociales, J. Hall « Private Opportunity, Public Benefit ? » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 361, spéc. p. 363-365. L'auteur conclut (p. 377) en indiquant que : "Overall, the initial empirical evidence that has emerged suggests that PFI has potential to increase the efficiency with which public services are delivered in the UK but it cannot be taken for granted that private finance will represent good value for taxpayers' money in every type of capital project."

- les redevances d'usage sont à la fois aisées à percevoir et davantage souhaitables dans les projets économiques ;
- il existe, de manière générale, un marché plus développé pour les projets d'infrastructure économique associant construction et fourniture de services connexes que pour les projets d'infrastructure sociale.

192. Le domaine des infrastructures sociales paraît par conséquent le moins approprié pour la mise en œuvre des PPP⁵⁹⁶, ce qui pourrait si l'Etat n'y prend garde conduire à privilégier les projets d'infrastructures économiques au détriment de projets d'infrastructures sociales (dont l'importance par rapport au bien-être des citoyens est difficilement contestable)⁵⁹⁷. Partant de ce constat et compte tenu du processus même de structuration des PPP – notamment les longues négociations qu'ils entraînent –, certains auteurs estiment que ceux-ci seraient de nature à favoriser la corruption⁵⁹⁸. A cet égard, un rapport de l'OCDE relatif à la lutte contre la corruption et la promotion de l'intégrité dans les marchés publics indique qu'il y a corruption lorsqu'un contrat n'est pas attribué au soumissionnaire qui offre le prix le plus bas ou l'ODP, mais à celui qui donne des pots-de-vin⁵⁹⁹. A titre d'illustration, les soupçons de corruption auraient motivé la recherche de renégociation du projet de production d'énergie de Dabhol en Inde ainsi que le « Bangkok Second Stage Expressway » en Thaïlande⁶⁰⁰. La solution à ces questions ainsi qu'à bien d'autres passe également par la mise en place d'un cadre légal et réglementaire clair et performant, faute de quoi le PPP ne pourrait entraîner l'efficacité ou la plus-value convoitée.

⁵⁹⁶ L'exemple de la rocambolesque *affaire ISS Denmark Catering* relative à une externalisation, par le biais d'un PPP, du service des repas pour personnes âgées de la municipalité de Lyngby-Taarbæk au Danemark semble illustrer cette difficulté : Cf. pour les détails et l'analyse de cette affaire : N. A. Andersen, *Partnerships – Machines of possibility*, op. cit., p. 60-66. *Contra* cependant : B. Lombaert, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 6 qui estime que la souplesse du concept de PPP tel qu'il émerge tant au niveau européen que dans la législation flamande permet de l'appliquer dans des domaines aussi variés que le logement, les hôpitaux, les écoles, les prisons, la protection de l'environnement, voire la culture et le tourisme. *Adde* pour une étude approfondie des PPP pour la gestion des prisons aux Etats-Unis : A. Larason Schneider, « Public-Private Partnerships in the U.S. Prison System » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 489 et s.; Sur la part de financement privé dans le domaine de l'adduction d'eau et du traitement des eaux usées (dans les pays en développement notamment), Cf. : D. Haarmeyer and A. Mody « Private Capital in Water and Sanitation », in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 506-509.

⁵⁹⁷ Pour J. E. Stiglitz et S. J. Wallsten, « *That is, government should not choose the best projects, but fund the best from those that cannot be funded elsewhere* » cités par : D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xxxv; *adde* : J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 64-65 où l'auteur affirme que lorsqu'un individu investit dans l'éducation, il en tire un avantage sous forme d'un emploi plus qualifié. La société dans son ensemble en tire cependant un avantage supplémentaire, car l'élévation du niveau de l'éducation permet d'atteindre des taux de croissance plus élevés. « *En l'absence d'intervention de l'Etat – par exemple sous forme de subventions publiques –, le marché choisirait un niveau d'investissement dans l'éducation et la culture trop faible par rapport à celui que l'efficacité économique exigerait* ».

⁵⁹⁸ En ce sens Cf. : J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 27 ; *adde* : Linder qui affirme que « *when we scratch the surface of these arrangements over the past century, the spectacle of machine politics, of graft and corruption, shines through* » : Stephen H. Linder, « Coming to Terms with the Public-Private Partnership » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 76.

⁵⁹⁹ Rapport cité par OCDE, *Les partenariats public-privé - Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 122.

⁶⁰⁰ Cf. A. Smith, « Philosophical aspects of the public/private partnership » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p.155. L'auteur propose alors que : « *In order that allegations of this kind may be refuted, it is plainly essential to ensure a high degree of public accountability in all government action and decision making. The initial negotiation process must be therefore both totally transparent and accurately documented* ».

193. L'absence ou l'insuffisance d'un cadre légal et réglementaire clair et performant peut également constituer une sérieuse limite aux PPP. Ainsi, on admet généralement que les PPP permettent aux Etats d'éviter ou de reporter des dépenses d'infrastructure sans se priver de leurs avantages⁶⁰¹. Les PPP peuvent par conséquent desserrer les limites budgétaires des investissements en infrastructures⁶⁰². De là cependant une importante limite de cette technique, laquelle peut être utilisée pour contourner le contrôle des dépenses et faire passer l'investissement public hors budget et la dette hors des comptes de l'Etat⁶⁰³. Or, il n'existe pas actuellement au niveau mondial de normes de comptabilité et de communication budgétaires généralement acceptées pour les PPP, ce qui rend difficile la tâche d'éviter que les PPP servent à contourner les contrôles des dépenses⁶⁰⁴. Pour un groupe d'auteurs, si l'on se situe le cadre des finances publiques et dans une perspective budgétaire intertemporelle, il existe une forte présomption de ressemblance entre les PPP et le financement public et, dans la mesure où les PPP demeurent des projets publics, ceux-ci devraient subir le même traitement comptable que l'ensemble des engagements publics⁶⁰⁵.

194. Une autre difficulté peut naître lorsque l'Etat en cause a émis des garanties publiques. En effet, si celles-ci constituent une forme légitime d'appui public à l'investissement en infrastructure – dès lors que l'Etat est le mieux placé pour prévenir et maîtriser le risque, ce qui en réduit le coût –, elles peuvent toutefois être un facteur de coûts cachés⁶⁰⁶. De fait, dans la mesure où ces garanties ne sont pas souvent soumises au même degré d'examen que les autres dépenses lors des processus budgétaires, elles peuvent avoir des conséquences éventuelles très sévères, en temps de crise notamment, pour le budget de l'Etat concerné. La politique de garantie des Etats dans le cadre des PPP doit par

⁶⁰¹ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 10.

⁶⁰² Sur les rapports entre les PPP et les finances publiques ainsi que la fiscalité, Cf. notamment : B. Lombaert et P.-O. De Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 317 et s.

⁶⁰³ A cet égard dans l'Union européenne, l'Office des statistiques des Communautés européennes (EUROSTAT) a pris le 11 février 2004 (EUROSTAT, communiqué de presse, STAT/04/18) une décision relative au traitement comptable dans les comptes des Etats membres des contrats souscrits par les pouvoirs publics dans le cadre de PPP EUROSTAT recommande ainsi que les actifs liés à un PPP soient classés comme actifs non publics et ne soient par conséquent pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions qui suivent sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction, et
- le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : le risque de disponibilité ou le risque lié à la demande. *Contra* cependant : Akitoby et consorts qui estiment qu'en suivant la position d'EUROSTAT, et dès lors qu'habituellement le secteur privé assume les risques de construction et de disponibilité, l'on risque de se retrouver dans une situation où la plupart des investissements seront traités comme des investissements privés, même lorsque l'Etat assume un risque de demande substantiel (comme tel semble être le cas lorsqu'il garantit à l'opérateur privé un niveau de demande minimal pour le service fourni dans le cadre du PPP). Pour ces auteurs, la décision d'EUROSTAT crée par ailleurs un aléa moral en ce sens qu'elle pourrait inciter à concevoir les PPP en fonction d'un niveau minimal plutôt que d'un niveau optimal de transfert des risques : B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 15-16 ; *adde* dans le même sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 61-62.

⁶⁰⁴ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 14 ; *adde* dans le même sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 61 : "Most governments treat PPPs off the balance sheet, which implies that public debt figures do not adequately express future commitments".

⁶⁰⁵ E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 62-63.

⁶⁰⁶ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 13.

conséquent être rationnelle et prévoyante et, singulièrement, les garanties doivent être bien conçues et limitées tant dans leur étendue que dans leur durée⁶⁰⁷. Bien plus, l'on suggère que les garanties publiques ne reçoivent aucun traitement spécifique – dans la mesure où elles font partie intégrante des engagements de l'Etat – et soient par conséquent comptabilisées au titre des dépenses en capital de l'Etat⁶⁰⁸.

195. Dans les pays où ils sont considérés comme des contrats administratifs, l'on a relevé que les PPP pourraient également être l'occasion de contourner certaines règles de droit administratif et permettre des excès voire des détournements de pouvoir. Pour cette raison, Mme Déom affirme que les qualifications légales doivent être respectées et appliquées telles que prévues par le législateur⁶⁰⁹, même si l'existence d'un PPP peut apparaître dans les motifs d'un acte administratif. Il faudrait dans ce cas cependant que l'autorité administrative dispose d'une marge d'appréciation que lui laisse la loi, de sorte qu'il lui appartient de se prononcer en opportunité⁶¹⁰. Ces considérations posent *in fine* la question de la place des actes unilatéraux éventuellement intégrés dans un PPP. Il s'agit, dans ces hypothèses, d'une limite importante dans l'organisation des PPP. On doit en effet admettre avec Mme Déom que si « *les pouvoirs publics peuvent certes s'engager sur le plan des obligations patrimoniales (...) ils ne peuvent pas s'engager quant à l'exercice futur de leurs compétences de décision unilatérale qui sont hors commerce* »⁶¹¹. Les engagements de cette nature doivent être expressément autorisés par le législateur⁶¹². Or, même dans cette hypothèse, on a pu se demander si dans un régime démocratique⁶¹³, une majorité pouvait lier les majorités futures par des engagements contractuels dont l'opportunité s'avèrerait par la suite discutable⁶¹⁴. La pratique, dans les contrats internationaux, des clauses dites de stabilisation est une des conséquences de ce débat⁶¹⁵.

⁶⁰⁷ Ibid. p. 14 où Akitoby et consorts précisent qu'un gouvernement qui souhaite établir une discipline ferme devrait non seulement envisager de soumettre les garanties à un plafond quantitatif, mais également comptabiliser les coûts de celles-ci dans le budget au moment de leur octroi et dans l'hypothèse où leurs coûts futurs sont raisonnablement fiables.

⁶⁰⁸ E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 63: "In our view, government guarantees do not warrant special treatment since they are subsumed in the obligations of the government. (...) Treating PPPs like government investment in fiscal accounting makes the arduous evaluation of contingent guarantees unnecessary".

⁶⁰⁹ D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 215 où à titre d'illustration, l'auteur indique que l'existence d'un PPP ne saurait permettre de baptiser équipement communautaire un complexe de bureaux, ni d'étendre à une opération privée le bénéfice d'une exonération fiscale visant des biens d'utilité publique.

⁶¹⁰ Ibid.

⁶¹¹ Ibid., p. 216

⁶¹² Ibid. p. 217 où l'auteur cite, en droit belge, le contrat de programme en matière de réglementation des prix ainsi que les conventions sectorielles en matière d'environnement comme constituant les principaux exemples de législations qui permettent à l'personne publique belge de se lier par contrat en s'interdisant d'user de ses prérogatives unilatérales.

⁶¹³ On fait remarquer ainsi que la démocratie, au-delà de sa désirabilité intrinsèque, permet une meilleure adaptation aux circonstances, une plus grande flexibilité. Elle procède de choix explicites que le débat et la persuasion éclairent et qui ont pour effet tantôt de remettre en cause ce qui semble acquis, tantôt de le conforter : J.-P. Fitoussi, *La Démocratie et le Marché*, op. cit., p. 45.

⁶¹⁴ Madame Déom propose de trouver les éléments de réponse à cette question dans le principe de la légitime confiance, lequel est reconnu en droit public et surtout constitue une limitation admissible de la liberté d'appréciation des personnes publiques : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 218.

⁶¹⁵ Sur les clauses de stabilisation dans les contrats internationaux, Cf. : Prosper Weil, *Ecrits de droit international*, op. cit., p. 325 et s. ; Wolfgang Peter, "Stabilization Clauses in State Contracts", in RDAI, 1998, p. 875 et s.

L'efficacité de telles clauses est cependant sujette à caution⁶¹⁶ et la pratique actuelle des PPP s'oriente par ailleurs vers la renégociation des accords lorsque les circonstances l'imposent⁶¹⁷. Bien plus, une meilleure stabilisation des PPP devrait, à notre avis, reposer sur des accords économiquement équilibrés et prévoyant une telle possibilité de renégociation⁶¹⁸ en faveur du partenaire public notamment. De la sorte, le partenariat peut être ajusté à chaque fois que les nécessités de l'intérêt général le commandent⁶¹⁹.

196. Les P.P.P posent par ailleurs l'importante question de la constitution de droits réels sur le domaine public⁶²⁰. On estime en effet qu'à chaque fois qu'un droit réel doit être concédé à un partenaire privé sur un bien immeuble appartenant à une personne publique, il faut au préalable savoir si ce bien relève du domaine public ou du domaine privé⁶²¹ de la personne publique⁶²². Cette question revêt une importance cruciale. En droit belge, par exemple, de nombreux auteurs estiment qu'il existe une inadéquation entre le champ d'application *rationae personae* de la domanialité publique et la finalité assignée à son régime juridique, lequel est non point de protéger les intérêts patrimoniaux de la personne du propriétaire du bien, mais de garantir l'affectation publique de ce bien ou, dans le cas de biens affectés à un service public, la bonne marche de ce service⁶²³.

197. Dans le cadre de l'affaire *Région flamande c/Hesse-Noordnatie* la Cour de cassation belge a, entre-temps, réexaminé⁶²⁴ la question de savoir si un bien du domaine public peut ou non faire l'objet d'un droit réel. Cette affaire impliquait une renonciation au droit

⁶¹⁶ Pour Mme Lemaire, ces clauses ne sont pas toutes caractéristiques d'une catégorie spécifique de contrats et même dans les cas où elles renvoient à une telle catégorie spécifique, leur efficacité est en pratique si réduite qu'il est impossible de construire une catégorie juridique nouvelle de contrats sur des clauses aussi évanescences : S. Lemaire, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, thèse tome 1, Paris I, mars 1999, p. 133-158.

⁶¹⁷ Sur les justifications modernes de cette approche, Cf. D. Campbell et D. Harris, « Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The role of Co-operation » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 170 et s.

⁶¹⁸ Cette possibilité de renégociation des PPP se justifie, comme nous le verrons, sous l'angle de l'analyse économique, par le fait que ceux-ci sont des contrats dits incomplets, c'est-à-dire selon Ribault que: "Contracting partners are not in a position to foresee all possible contingencies affecting the contracts; and even if they were able to do so, the cost of writing, negotiating, and enforcing such contracts would be too high in comparison to the potential benefits. Consequently, such contracts only take into account the likely contingencies needed to allocate the rights of the parties involved.": A. Ribault, "Lessons from the French Experience in Public and private Partnership" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 515.

⁶¹⁹ Dans le même sens, M. Stewart-Smith, "Private financing and infrastructure provision in emerging markets" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 119.

⁶²⁰ Sur la question de la propriété publique en général, V. *infra* première partie, titre I (chapitre 2, section 2).

⁶²¹ Sur les notions de domaine public et de domaine privé V. *infra* première partie, titre I (chapitre 2, section 2).

⁶²² K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 43.

⁶²³ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 251 (ainsi que la référence citée en note 81) où ces auteurs relèvent que dans un contexte de partenariats multiples où de nombreuses infrastructures affectées à des services publics sont financées, possédées ou exploitées par des personnes privées, il était douteux de maintenir un régime de la domanialité publique qui se donne pour objectif de protéger le service public, mais dont le champ d'application restait strictement dépendant du caractère public du gestionnaire.

⁶²⁴ Dans un arrêt du 25 septembre 2000, la Cour de cassation affirmait déjà que : « les biens du domaine public étant affectés à l'usage de tous, ils sont hors du commerce et nul ne peut acquérir sur eux, par convention ou par usucapion, un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de le régler et de le modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens » : Cass., 25 septembre 2000, Pas., 2000, I, p. 1399.

d'accession⁶²⁵ sur un bien relevant du domaine public⁶²⁶. Dans son arrêt du 18 mai 2007⁶²⁷, la Cour de cassation après avoir rappelé que la renonciation au droit d'accession emporte l'établissement d'un droit de superficie⁶²⁸ décide que : « *Si un bien constitue une dépendance du domaine public, il est ainsi destiné à l'usage de tous ; nul ne peut, dès lors, acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. (...) Toutefois, dans la mesure où un droit de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public* ». A la lumière de cet arrêt récent, on peut affirmer qu'en droit belge, tant que la finalité assignée au régime de la domanialité publique – c'est-à-dire la sauvegarde de l'affectation publique ou du service public – est respectée, des droits réels peuvent être constitués sur le domaine public. Reste cependant posée la question de l'opportunité de maintenir un régime de domanialité publique rigide alors même que la finalité attribuée à ce régime peut être assurée par d'autres règles plus souples et par conséquent plus pragmatiques.

- 198.** En droit français, une loi du 25 juillet 1994 a inséré dans le Code du domaine de l'Etat les articles L 34-1 à L 34-9. Cette loi prévoit notamment que « *Le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'Etat a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre. Ce droit confère à son titulaire, pour la durée de l'autorisation (...) les prérogatives et obligations du propriétaire* ». Néanmoins, « *Lorsque les ouvrages, constructions ou installations sont nécessaires à la continuité du service public, [la disposition précitée] ne leur est applicable que sur décision de l'Etat* ». La loi française du 25 juillet 1994 a par conséquent établi un nouveau droit commun des titres d'occupation du domaine public, en vertu duquel la constitution d'un droit réel sur ce domaine est automatique chaque fois que les ouvrages qui y sont érigés ne sont pas nécessaires à la continuité du service public⁶²⁹. Bien plus, l'ordonnance du 17 juin 2004 (évoquée à plusieurs reprises *supra*) sur les contrats de partenariats, est considérée comme consacrant une avancée marquante dans le droit du domaine public en France. Elle autorise en effet le financement privé d'infrastructures publiques, ce qui n'était pas envisageable auparavant, même sous le couvert de la loi du 25 juillet 1994 précitée⁶³⁰.

⁶²⁵ La renonciation au droit d'accession prévue par l'article 555 du Code civil (« Tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire (...) ») consiste en effet à renoncer à la règle selon laquelle le propriétaire d'un bien l'est également des végétaux, des constructions et ouvrages qui s'intègrent à ce bien.

⁶²⁶ La jurisprudence belge admet que le gestionnaire du domaine public bénéficie de la règle de l'accession. Cf. notamment, Cass., 22 février 1991, Pas., 1991, I, p. 607.

⁶²⁷ Pour un commentaire de cet arrêt, Cf. D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », obs. sous Cass., 1^{ère} ch., 18 mai 2007, Rev. not. belge, p. 631.

⁶²⁸ Pour rappel, un droit de superficie est, aux termes de l'article 1^{er} de la loi belge du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. Conformément à l'article 6 de cette même loi, à l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds, à charge par lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au superficiaire, qui, jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention.

⁶²⁹ En ce sens et singulièrement sur la question du domaine d'application de la loi du 25 juillet 1994, Cf. A. Fournier et H. Jacquot, « Un nouveau statut pour les occupants du domaine public », A.J.D.A., 1994, p. 759 et s. cité par P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 288.

⁶³⁰ En effet, aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée : « *Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire du contrat a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public (...)* ». Adde

199. Il est intéressant de relever qu'en son article 17, la loi camerounaise fixant le régime général des contrats de partenariats⁶³¹ prévoit des dispositions, similaires à celles de l'article 13 de l'ordonnance française du 17 juin 2004 précitée, qui posent en règle que : « *Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Le titulaire a, sauf stipulation contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public* ».

200. En fin de compte, si l'on part du principe que le régime de la domanialité publique n'est qu'un moyen parmi d'autres d'assurer la continuité du service public⁶³² et que le but des PPP est la recherche de l'efficacité dudit service, le régime de la domanialité publique ne saurait constituer une véritable limite aux PPP. Il suffirait en effet d'assurer, dans le cadre de tels partenariats, la sauvegarde de l'affectation publique ou du service public⁶³³. Il s'impose alors à l'Etat concerné d'assurer une transparence ainsi qu'un accompagnement actif de tous les projets PPP qu'il met en œuvre.

B- Limites tenant à l'absence ou à l'insuffisance de transparence et d'accompagnement actif du partenaire public

201. L'évaluation de l'ODP par les différents acteurs et conseillers prend un certain temps. En conséquence, la passation des contrats de PPP est beaucoup plus longue que celle d'un contrat classique de commande publique. En effet, la négociation d'un PPP est généralement complexe. Dès lors, la combinaison de la durée et de la complexité est de nature à générer des coûts de transaction substantiels, susceptibles d'annuler les avantages attendus de cette formule⁶³⁴. Il faut toutefois relativiser ce risque car, les formules traditionnelles peuvent également connaître des retards, surtout pendant la phase de construction de l'infrastructure. Il en résulte que tant les PPP que les formules classiques sont susceptibles de présenter des coûts d'opportunité, souvent imputables au non respect des délais, et dont il faut tenir compte dans le choix de la formule à adopter en fin de compte⁶³⁵.

202. Il appartient donc à l'Etat d'accueil du PPP de s'impliquer activement dans la négociation des PPP et d'assurer la transparence de telles négociations vis-à-vis des

pour une confirmation de ce changement de perspective, P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 291.

⁶³¹ Loi n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat, JORC, 01.01.2007.

⁶³² P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 314.

⁶³³ Pour François Tulkens, le domaine public ne paraît désormais plus intouchable d'autant plus que la doctrine plaide pour sa mise en valeur par des contrats de droit civil, éventuellement adaptés, ainsi que le maintien, dans le but d'assurer l'intérêt public, d'une clause de précarité dont l'efficacité ne devrait pas être sous-estimée : F. Tulkens, « Les partenariats public-privé : six constats critiques en guise de conclusions » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 390.

⁶³⁴ Pour l'OCDE, la durée et le coût de transaction peuvent être beaucoup plus élevés dans les PPP que dans les autres formes de fourniture de services. Ainsi Ahadzi et Bowles, cités par l'OCDE, ont constaté des retards excessifs pendant la période précontractuelle en examinant 42 projets britanniques dans les domaines de la santé, de l'éducation et de l'ingénierie civile : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 63.

⁶³⁵ Ibid. p. 65.

différents acteurs économiques et sociaux et, plus généralement, de ses populations. La transparence doit être notamment exigée au sujet de la politique de garanties que l'Etat d'accueil pourrait éventuellement octroyer. A l'observation, la transparence et l'implication active du partenaire public sont des gages du succès des PPP sans lesquels l'essentiel des risques censés être transférés aux partenaires privés serait en fin de compte supporté par le seul partenaire public et plus généralement par ses populations ou usagers.

CONCLUSION

203. Les PPP sont un phénomène aussi riche que porteur des ambiguïtés les plus diverses. Comme tout procédé contractuel ou d'inspiration contractuelle, ils constituent en effet la marque de l'effacement progressif des procédés autoritaires au profit de techniques d'incitation et de concertation⁶³⁶. Comme l'a très justement relevé un auteur, « *On ne rénove pas la société par décret, et la réalisation de l'intérêt général ne peut être l'affaire des seules personnes publiques. Toute politique d'une certaine envergure implique une convergence de comportements privés avec les finalités qu'elle se donne* »⁶³⁷. Bien plus, aucun Etat moderne, ni aucune de ses collectivités, ne gère plus intégralement des prestations économiques en régie interne, c'est-à-dire à travers ses services centraux⁶³⁸. Les PPP paraissent alors constituer une quête de convergence entre les acteurs privés et publics⁶³⁹ en vue de réaliser des objectifs d'intérêt collectifs. Ils reposent essentiellement sur une répartition optimale des risques entre partenaires public et privé ainsi qu'à la mise en œuvre par le partenaire privé, au profit du partenaire public, de ses ressources et/ou de son expertise afin d'apporter une efficacité ainsi qu'une efficience accrues à la réalisation d'objectifs d'intérêt collectifs.

204. L'émergence des PPP pose néanmoins la question de l'admissibilité de la délégation ou du transfert de certaines missions publiques à un partenaire privé et semble véritablement mettre à l'épreuve les règles et les principes traditionnels gouvernant l'action des pouvoirs publics⁶⁴⁰. Toutefois, le « service public » lui-même n'est plus considéré comme cet ensemble différencié, assuré d'un bien-fondé de principe et soumis à des règles dérogatoires du droit commun, mais une conception plus souple et plus pragmatique du service public se fait de plus en plus jour⁶⁴¹. Par ailleurs, les contraintes

⁶³⁶ En ce sens, Cf. Ph. Quertainmont, *Droit administratif de l'économie*, Bruxelles, Story-Scientia, 3^{ème} éd., 2000, p. 243 ; *adde* : Grimsey et Lewis qui affirment « (...) *One is that an ethos of cooperation and trust can replace the adversarial relations endemic to command-and-control regulation* » : D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xxi.

⁶³⁷ D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 191.

⁶³⁸ D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 205.

⁶³⁹ Ainsi Starr affirme que : « *No one needs doubt that public institutions, like private ones are bases of wealth and power. (...) To alter the public-private balance is to change the distribution of material and symbolic resources influencing the shape of political life.* » : P. Starr, « The Meaning of Privatization » in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 42.

⁶⁴⁰ En ce sens, B. Lombaert, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 8 et 10. Pour Madame Déom, une tension se fait jour entre la rigueur des règles « classiques » et la recherche de souplesse, d'efficacité, de liberté, dont se réclament les promoteurs d'un PPP : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des 'Partenariats public-privé' (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 201.

⁶⁴¹ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 16. L'auteur affirme ainsi que les choix de gestion seront appelés à varier d'un espace territorial à un autre, en rupture avec le principe traditionnel d'égalité (Ibid. p. 25).

qui pèsent sur le service public et sur l'entreprise privée, en tant que prestataires de services voire producteurs de biens, sont de nature foncièrement identique : l'un comme l'autre doivent en fin de compte s'efforcer de répondre au mieux aux attentes de leurs « clients », de sorte que l'utilisateur du service public est avant tout un consommateur de biens et de services⁶⁴². Les besoins et attentes de ce dernier coïncident avec ceux des autres consommateurs et l'efficacité devient par conséquent le dénominateur commun du public et du privé. La recherche de l'efficacité fonde et permet de dépasser en même temps l'opposition des rationalités du public et du privé⁶⁴³.

205. Ce souci d'efficacité fonde et justifie l'émergence des PPP, même si la distinction entre public et privé, quoique délicate, demeure d'actualité. Une telle distinction n'interdit nullement que soient adoptés dans ces deux secteurs des principes communs de gestion. L'imbrication des logiques d'action publique et d'action privée qui en résulte n'en est certes pas moins lourde d'ambiguïtés et de dérives potentielles, comme nous avons tenté de le démontrer. Il convient alors de prévoir un cadre juridique qui confère aux personnes publiques le droit de prendre le contrôle du fonctionnement des services dans des situations extrêmes ou en cas de défaillance⁶⁴⁴. Celles-ci doivent demeurer garantes, en dernier ressort, du fonctionnement desdits services et doivent pour ce faire en assurer la continuité, la régularité et l'efficacité.

206. De tout ce qui précède, les PPP apparaissent alors non comme une panacée, mais comme un procédé parmi d'autres permettant de réaliser avec une certaine efficacité et/ou efficience des projets donnés⁶⁴⁵. Ils ne sauraient dès lors, comme démontré plus haut, absorber l'initiative publique⁶⁴⁶. S'ils ne sont pas réduits à un simple levier financier mais érigé en véritable outil de politique publique⁶⁴⁷, ils peuvent constituer une clé pour réaliser, partout où ils seraient mis en œuvre, des projets assortis d'une réelle sécurité

⁶⁴² L'utilisateur est alors, selon J. Chevallier, le référentiel ultime de l'action des pouvoirs publics, lesquels doivent se « recentrer » sur celui-ci : J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics* op. cit., p. 30.

⁶⁴³ Ibid. p. 19.

⁶⁴⁴ En ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 128.

⁶⁴⁵ Dans le même sens, D. Grimsey and Mervyn K. Lewis, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., Introduction, p. xxxiii où ces auteurs affirment que : “PPP are no magic cure-all for public services provision but often simply a way of providing decision-makers with the appropriate economic incentives”; adde : Gerrard pour qui : “PPP are certainly not an easy procurement option for the public sector, nor do they offer a universal solution. However they do provide a flexible framework within which the skills and resources of the private sector can be mobilized to provide better-quality, sustainable, and more cost-effective public services in the right circumstances” : Michael B. Gerrard, “Public-Private Partnerships. What are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 4.

⁶⁴⁶ Même dans les hypothèses où l'initiative d'un projet serait prise par des partenaires privés, les pouvoirs publics garde un pouvoir de décision sur l'opportunité ou non de réaliser un tel projet.

⁶⁴⁷ Pour ce faire, l'engagement des plus hautes autorités politiques pourra, d'une part, convaincre ses citoyens que les PPP peuvent effectivement engendrer des plus-values et, d'autre part, garantir aux partenaires privés que l'engagement pris sera tenu à long terme et n'est pas tributaire des vicissitudes politiques. Pour l'OCDE, dans une perspective de politique publique et en vue d'assurer le succès et la bonne utilisation des PPP, doivent être prévus : une réglementation de grande qualité, la transparence, l'accès à l'information, la concurrence, le cadre juridique, la conformité et les voies d'exécutions appropriées et des procédures d'appel adéquates : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 126. Pour Gerrard, “(...) politically, they [the PPPs] represent a third way in which some governments may deliver some public services” : Michael B. Gerrard, “Public-Private Partnerships. What are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 5; adde : E.S. Savas, *Privatization and Public-Private Partnerships*, op. cit., p. 258 où l'auteur affirme que : “The benefits are substantial, but the roles of the two sectors must be carefully defined and maintain.”

juridique⁶⁴⁸. C'est en tout cas dans ce cadre partenarial et empreint des mécanismes que nous avons analysés que s'inscrit le BOT, lequel constitue l'objet la présente étude. Cette étude sera menée en deux parties dont la première sera consacrée à l'examen de la dualité apparente d'approche du concept de BOT tandis que la seconde partie envisagera l'unité réelle de ce concept en tant qu'instrument de coopération économique.

⁶⁴⁸ En ce sens, F. Tulkens, « Les partenariats public-privé : six constats critiques en guise de conclusions » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 394 ; *adde* : Gerrard qui affirme que “*To harness the potential of PPPs requires that their unique characteristics be acknowledged and exploited : first, their ability to provide a flexible framework within which the complementary roles and capabilities of public and private sectors can be combined ; second, their operation at the boundary between public and private sectors, by which the public sector retains the ultimate responsibility for delivering public services ; and third their status as a form of regulated business (...).*” : Michael B. Gerrard, “Public-Private Partnerships. What are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 6.

PREMIERE PARTIE : LA DUALITE APPARENTE D'APPROCHE DU CONCEPT DE BOT

207. Du fait de la segmentation de l'étude des sciences humaines et sociales, un approfondissement diversifié de l'étude de la personne publique contractante peut être observé dans les domaines de l'investissement et de la production de biens et de services. Ainsi, diverses approches possibles de l'étude de la personne publique contractante s'affrontent à travers la présentation des points de vue du spécialiste de l'économie politique, de l'économiste et du juriste (au sein de cette dernière discipline, des subdivisions sont encore nombreuses qui concernent les points de vue du privatiste, du publiciste, du comparatiste, du spécialiste du droit des affaires, du spécialiste du droit bancaire et financier...). Chacune de ces approches présente l'avantage de saisir la personne publique sous un éclairage particulier et d'adopter la précision du spécialiste de la matière envisagée, enrichissant de ce fait par des expériences diverses l'étude de la personne publique contractante. Le BOT ne semble pas avoir échappé à cette approche segmentée. Il est généralement appréhendé sous deux prismes : d'une part, sous une approche juridique classique qui l'assimile à une simple modalité d'exécution de la commande publique et, d'autre part, sous une approche économique et financière qui l'assimile à une modalité de *project financing*, insistant notamment sur l'analyse économique et financière de sa conception, de sa structuration et de sa mise en œuvre.

208. L'approche juridique classique – qualifiée de juridico-institutionnelle⁶⁴⁹ – que l'on retrouve notamment en Europe continentale (particulièrement en droit français) fera l'objet du titre premier. Dans cette approche, le BOT est considéré comme une modalité d'exécution de la commande publique, au même titre que d'autres modalités classiques en usage dans ce domaine. Il convient alors de présenter et d'analyser les principaux modes traditionnels d'association des personnes privées à l'exécution de la commande publique. Une tendance est en effet d'assimiler le BOT à l'un ou à l'autre de ces modes classiques d'exécution de la commande publique. Ce titre premier comporte deux chapitres. Le premier chapitre sera consacré à l'analyse du modèle concessif (y compris ses principales variantes) envisagé comme socle de référence pour le BOT. Le second chapitre nous permettra de constater que ce modèle repose sur des concepts et des pratiques du droit public qui fondent et expliquent sa logique. Néanmoins, nous remarquerons que ces concepts et pratiques semblent souffrir de nombreuses rigidités et inadaptations et paraissent en outre insuffisants à restituer la réalité du BOT. Ils n'intègrent en effet pas assez les données économiques et financières qui contribuent à rendre son originalité à ce type d'opérations.

209. L'approche économique et financière fera quant à elle l'objet du titre deux. Il s'agira ici de tenter d'appréhender le BOT sous l'éclairage des principes et des pratiques économiques et financiers afin d'en saisir les rationalités. Le BOT est ici analysé comme une modalité particulière de *project financing*. Ce titre II comprend également deux chapitres. Dans un chapitre premier consacré au modèle du *project financing*, nous essaierons de présenter au préalable les éléments de « Law and Economics » qui nous semblent avoir un pouvoir explicatif remarquable de ce modèle. Cette démarche nous permettra par la suite de mieux comprendre les rationalités et les fondements du BOT. Nous constaterons alors dans le second chapitre qu'au-delà de l'apport des ressources ou de l'expertise du partenaire privé, la répartition optimale des risques ainsi que la

⁶⁴⁹ En ce sens Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 419.

rentabilité du projet sont les traits caractéristiques dominants du BOT tel qu'appréhendé sous l'angle économique et financier.

TITRE I : L'APPROCHE JURIDIQUE CLASSIQUE : LE BOT COMME MODALITÉ D'EXÉCUTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE

- 210.** Pour répondre à leurs besoins de fonctionnement, de transfert et d'investissement, l'Etat ainsi que les autres personnes publiques se comportent comme des acheteurs de biens et de services. Ils alimentent ce faisant, par le biais de leurs commandes⁶⁵⁰, la fonction de demande de l'initiative économique⁶⁵¹. L'habillage juridique de la commande publique consiste soit en un marché public⁶⁵², soit en un autre contrat de la commande publique – à l'instar de contrats transférant l'exécution d'un service public à une personne privée⁶⁵³. L'exécution d'une commande publique peut ainsi se faire par le biais d'un contrat de concession par lequel l'effectivité de la gestion d'un service est transférée à un tiers.
- 211.** Dans la mesure où le BOT est dans cette approche assimilé à la concession, il paraît important d'analyser le modèle concessif, c'est-à-dire y compris ses variantes, tel qu'il est compris notamment par « l'école française » (chapitre 1). Ce modèle concessif est par ailleurs dominé par des concepts et des pratiques classiques de droit public. Comment en effet ne pas avoir présent à l'esprit les notions de service public, de propriété publique ou de règles budgétaires et comptables publiques lorsque l'on fait référence à la terminologie de « commande publique » ? L'analyse de ces concepts et pratiques classiques de droit public permettra de mieux comprendre la logique du système, mais également d'en dévoiler à plusieurs égards les rigidités et l'inadaptation à intégrer les mécanismes originaux du BOT (Chapitre 2).

⁶⁵⁰ Pour un auteur, si l'expression « commandes publiques » paraît commode, elle est cependant étroite dans la mesure où, la passation d'une commande par une administration publique n'est qu'une étape d'un processus plus vaste ; l'étude des pratiques suivies en matière de commande conduit alors à examiner dans sa totalité la fonction « logistique » des administrations, c'est-à-dire l'ensemble des processus par lesquels elles définissent, acquièrent et emploient les ressources matérielles nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, y compris un volume croissant de matière grise et de services : B. Gournay, « Avant-propos » in *Les commandes publiques*, RFDA, n° 33, Janvier-Mars 1985.

⁶⁵¹ Sur l'impact économique des commandes publiques, Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2^{ème} édition, 2001, p. 81 et s. (et notamment la bibliographie p. 81).

⁶⁵² Le droit des commandes publiques serait ainsi conçu essentiellement comme un ensemble de règles à finalités politique, économique et financière conduisant à un véritable « impérialisme » du marché public, englobant une série de contrats ou de mécanismes juridiques hier encore considérés par les juristes comme extérieurs à la notion de marché public : Cf en ce sens D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, op. cit., p. 23.

⁶⁵³ Sur ces contrats, Cf. F. Llorens, « Typologie des contrats de la commande publique », in Contrats et marchés publics, étude 7, cité par C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 25

- 212.** L'analyse du modèle concessif présente un intérêt crucial pour cette étude, et pour au moins deux raisons : d'une part, le BOT est très souvent assimilé à la concession dont on affirme qu'il s'inspirerait essentiellement⁶⁵⁴ et, d'autre part, on a assisté à une « projection » du modèle concessif dans la sphère internationale⁶⁵⁵ alors même qu'il est au départ le pur produit d'une évolution interne dans des contextes déterminés⁶⁵⁶. On relève ainsi par exemple que le contrat de concession serait devenu une des formes principales des contrats d'investissement entre Nord et Sud⁶⁵⁷.
- 213.** Nos développements s'appuieront essentiellement sur le droit français pour des raisons historiques telles qu'elles seront analysées *infra*. Le droit français a en effet, en cette matière, presque entièrement inspiré les droits belge⁶⁵⁸ et luxembourgeois⁶⁵⁹. Cependant, lorsqu'il apparaîtra des différences notables dans le droit de l'un ou l'autre de ces deux derniers pays, tant au niveau des concepts que de la pratique, nous n'hésiterons pas à les présenter et à les analyser car, on observe que le mot « concession » ne recouvre pas les

⁶⁵⁴ Cf. C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 97 où l'auteur affirme que les BOT sont des concessions conçues pour des opérations qui nécessitent de nouveaux investissements ; *adde* : R. Jaidane « La gestion des contrats internationaux de concession » in RDAI, n° 3, 2005, p. 292 où l'auteur affirme que : « Il existe plusieurs types de concessions. Le plus couramment employé est le BOT (...) ». Pour M. Brabant, « Dans la pratique internationale récente, les contrats de B.O.T. sont en fait une forme sophistiquée de contrat de concession » : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre-mer*, tome I, op. cit., p. 53. Pour d'autres auteurs, les concessions ont fait un retour en force sur la scène internationale, sous des vocables (à savoir les contrats de BOT, DBFO, DBO etc.) mais qui relèvent tous du système concessif : Cf. en ce sens, D. Linotte et B. Cantier, « 'Shadow Tolls' : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », AJDA, novembre 2000, p. 863.

⁶⁵⁵ V. notamment Banque Mondiale, Rapport sur le développement dans le monde en 1994 : une infrastructure pour le développement, Washington, 1994 disponible sur le site www.worldbank.org; R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », op. cit., p. 290 et s.

⁶⁵⁶ On s'est ainsi souvent référé à la concession comme étant le « french model ». Dans le sens d'un enracinement de la concession dans les ordres juridiques internes, Cf. le raisonnement – quoique critiquable – de l'arbitre unique, M. Cavin dans la sentence *sapphire* du 15 mars 1963 (IRL., vol. 35, p. 136). Par ailleurs, on relève qu'en raison des particularités locales tenant au régime juridique des pays concernés, la CNUDCI a toujours éprouvé le plus grand mal dans ses tentatives d'harmonisation des dispositions relatives aux projets concessifs : R. Jaidane « La gestion des contrats internationaux de concession » op. cit., p. 292 et note 17.

⁶⁵⁷ P. Juillard, « Contrat d'Etat et investissement », in H. Cassan (dir.), *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989, p. 173-174.

⁶⁵⁸ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 33 ; *adde* : D. Déom, « Les instruments du droit administratif à l'épreuve des « partenariats public-privé » (PPP) » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., où l'auteur relève, d'une part, que la concession de service public a été assez peu usitée en Belgique au cours du XX^{ème} siècle (p. 197) et, d'autre part, que « ce type de contrat n'est (...) régi par aucune législation générale. Le cadre qui lui est propre est déterminé par une jurisprudence plus que clairsemée et par une doctrine fortement inspirée du droit français » (p. 204). Cf. cependant pour une analyse approfondie de la concession en droit belge : P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961 ; M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 192 et s.

⁶⁵⁹ Un auteur relève ainsi qu'en l'absence de toute législation-cadre et à défaut de décisions jurisprudentielles en nombre suffisant pour que puisse se développer une doctrine locale, le recours à la forme du contrat de concession constituerait un facteur d'insécurité juridique : Cf. M. Thewes, « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois » op. cit., p. 111. La seule définition jurisprudentielle du contrat de concession relevée par cet auteur date de 1872 (CE. lux., 22 mars 1872, Pas. lux., Tome.1, p. 201). Voir cependant pour une littérature luxembourgeoise sur la question : S. Marx, « Marchés publics et concessions de service public », in Ann. dr. lux., vol. 15 (2005), Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 149-196 ; J. Krier, « La réalisation des objectifs de service public en matière des médias électroniques au Grand-duché de Luxembourg », Ann. dr. lux., vol. 4 (1994) spéc. p. 267.

mêmes réalités d'un pays à l'autre⁶⁶⁰. Cette « amphibologie du terme concession »⁶⁶¹ rend par conséquent nécessaire et utile un examen, même bref, de ses origines profondes, de sorte à éviter de perpétuer les confusions conceptuelles qui semblent entourer cette notion⁶⁶².

214. Le recours à la concession est une des réponses apportées par l'autorité publique à la question du choix de l'organisation d'un service, lorsque cette autorité juge bon que ce service soit dispensé pour le groupe dont elle doit concrètement traduire les besoins collectifs. Pour M. Mast, le choix de la concession est un calcul de l'Etat libéral qui veut se dégager des aléas financiers d'entreprises nouvelles, ne souhaite pas les mettre à charge du contribuable et doute de son aptitude à les gérer⁶⁶³. La notion de concession⁶⁶⁴ a toutefois connu des évolutions, lesquelles ont profondément marqué tant sa définition, son objet, ses caractéristiques que sa nature et son régime juridiques. On estime ainsi qu'initialement envisagée comme un moyen d'encadrement de l'intervention privée dans les activités de prestation présentant un intérêt général, la concession – qui implique l'idée d'exploitation économique autonome – a subi l'intervention croissante de l'administration dans la prestation directe des activités d'intérêt général, laquelle est venue brouiller ce modèle⁶⁶⁵.

215. En conséquence, après avoir présenté les origines et l'évolution de la notion de concession à travers une brève perspective historique (section I), nous évoquerons ensuite la question de la définition du contrat de concession et présenterons son objet (section II). Ceci nous

⁶⁶⁰ En ce sens, H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, p. 397 ; *adde* : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 225 où l'auteur affirme que : « Bon nombre de législations étrangères ne connaissent pas les contrats de concession sous la forme très administrative mise en œuvre après 1945, notamment en France, en Italie et en Belgique (...) » ; P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 13 où l'auteur estime que le terme concession est également flou car extrêmement polysémique en droit français mais également en droit allemand, belge, italien ou espagnol.

⁶⁶¹ Expression utilisée par M. F. Llorens pour illustrer une des raisons qui rendent difficile la définition de la concession dans son article intitulé « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Editions Sirey, 1992, p. 17.

⁶⁶² Pour M. Bezançon, ces confusions conceptuelles sont très anciennes et ont justifié son choix de s'appuyer sur une perspective historique pour comprendre la logique des contrats publics et singulièrement la logique du contrat de concession : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 1.

⁶⁶³ A. Mast, *Précis de droit administratif*, Gand, E. Story-Scientia, 1966, n° 107, cité par M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 193.

⁶⁶⁴ Pour une littérature récente sur les contrats de concession, Cf. : C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, Paris, Ed. du Moniteur, 2007 ; P. Flamme, M.-A. Flamme, C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 19-20 et p. 98 et s. ; C.Y. Helmy Khater, *Le contrat de concession de service public ou B.O.T. en droits français et égyptien. Etude comparée de l'évolution contemporaine*, Thèse de doctorat (dir. M. Fromont), Université de Paris I, juin 2004 ; H. Courivaud, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, p. 397 et s. ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd., 2002, p. 424 et s. ; X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999 ; D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 34 et s. ; Documents d'étude, Droit administratif : le contrat administratif, n°2.11, éd. 1999, p.17-18 ; C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., ; F. Llorens, « La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions », in *Revue du Marché Commun*, n° 332, Déc. 1989, p. 603 et s. ; V. aussi pour une étude approfondie de la question : J. Dufau, *Les concessions de service public*, Paris, Editions du Moniteur, 1979 ; A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 284 et s., et toutes les références citées par ces auteurs au n° 224.

⁶⁶⁵ Cf. en ce sens P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 29.

permettra alors d'envisager les caractéristiques, la nature et le régime juridiques de ce contrat (section III). Enfin, la présentation des variantes du modèle concessif complètera le tableau et nous permettra de mieux cerner par la suite l'originalité du BOT (section IV).

SECTION I : ORIGINE ET ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CONCESSION

216. Une brève perspective historique nous permettra de remonter aux origines de la concession (sous-section 1) et d'ainsi observer l'essor de ce concept dont l'évolution semble avoir préservé la pérennité de la substance à travers les époques (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'origine de la concession

217. On a relevé que dans la Grèce Antique, les villes concédaient à des particuliers certains travaux dont le prix devait être récupéré par eux à charge des usagers ; de cette pratique serait venu le droit connu plus tard, à Rome, sous le nom de « portorium », droit de port exigé des capitaines de navires par l'entrepreneur chargé d'établir les installations portuaires⁶⁶⁶. Dans un ouvrage très documenté⁶⁶⁷, M. Xavier Bezançon démontre que toutes les formes contractuelles publiques existaient déjà dans l'antiquité Romaine⁶⁶⁸. Par conséquent, le processus contractuel public dans l'histoire ancienne et contemporaine de la France – et plus généralement de l'Occident – puise ses racines dans la Rome antique et se justifie principalement par des motifs d'ordre politique et d'ordre économique⁶⁶⁹ :

- sur le plan politique : l'exploitation du domaine (le roi met en ferme ses possessions domaniales et la fiscalité qui y est associée) ainsi que l'organisation fiscale (fermes fiscales) constituent les raisons principales de la naissance des contrats publics ;
- sur le plan économique : les inventeurs (les inventeurs d'un service ou d'une infrastructure sollicitent à partir du XVI^{ème} siècle du roi l'autorisation d'utiliser le domaine ou d'exploiter une activité, d'où les concessions de canaux, de ponts...)⁶⁷⁰, l'incapacité à financer, l'échec des réalisations en régie, la complexité et parfois l'urgence des questions ainsi que l'entretien des ouvrages publics constituent les motifs additionnels à l'origine de la naissance des contrats publics.

218. La concession, qui a occupé une place essentielle sous l'Ancien Régime⁶⁷¹, a constitué le socle de référence à tous les contrats publics. Le mot *concessio* a ainsi été relevé dans un texte du roi Louis VI le Gros en 1170 accordant le privilège du transport de marchandises aux bourgeois de Paris afin de mettre à terre les vins venus par eau⁶⁷². Selon M. Jean Dufau, la notion de concession tire ses origines de l'institution ancienne

⁶⁶⁶ A. Blondeau, *La concession de service public*, Paris, 1930, p.11 note 2, cité par P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961, p. 12.

⁶⁶⁷ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999.

⁶⁶⁸ Ibid. p. 1.

⁶⁶⁹ Pour plus de détails sur ces motifs Cf. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 5-7.

⁶⁷⁰ Pour M. Bezançon, la concession est d'abord et avant tout la « nurserie » contractuelle des découvertes que constituent notamment les canaux, les mines, colonies, dessèchements, carrosses et magasins généraux : Cf. X. Bezançon, op. cit., p. 25-26.

⁶⁷¹ Cf. en ce sens, J. Dufau, *Les concessions de service public*, Paris, Editions du Moniteur, 1979, p. xvii (introduction).

⁶⁷² C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 17.

qu'est la concession de travaux publics⁶⁷³. Le procédé de la concession fut en effet très utilisé par le pouvoir royal tant pour l'organisation que pour le fonctionnement de nombreuses activités touchant aussi bien à l'aménagement du territoire, au développement et à l'assainissement des villes qu'aux commodités fournies aux habitants⁶⁷⁴. M. Bezançon affirme pour sa part que le pouvoir royal fit massivement recours à la mise en place de nombreux acteurs – à savoir les officiers vénaux ou non (véritables concessionnaires) ainsi que les fermiers – en même temps qu'il procédait progressivement à un développement de la structure de l'Etat⁶⁷⁵. La concession était alors entendue à cette époque dans son sens premier à savoir « mettre à la place de » (du latin *concedere*), ce qui permit au pouvoir royal de se substituer un tiers extérieur pour entreprendre les actions qu'il ne pouvait assumer sans subir les contraintes inhérentes à l'exercice de la monarchie⁶⁷⁶. Le concept connut cependant bien des évolutions et l'essor contemporain de la concession – voire sa pérennité – semble lié à cette inéluctable évolution.

Sous-section 2 : L'évolution de la notion de concession

219. Certains auteurs relèvent qu'à partir du XI^{ème} siècle, la notion de concession va se départir des préoccupations territoriales (concessions domaniales accordées aux seigneurs par le roi) et abandonner son sens d'autorisation, pour se porter vers des activités de prestation de services au bénéfice des populations elles-mêmes⁶⁷⁷. C'est alors que l'accent sera désormais mis sur la finalité de la concession, soit la satisfaction d'un besoin du public grâce à des équipements appropriés ou à l'exploitation des infrastructures existantes⁶⁷⁸. Par la suite, l'aménagement du territoire et des agglomérations semble avoir occupé une place importante dans les préoccupations des personnes publiques à partir du XIII^{ème} siècle et ce, jusqu'à l'orée du XXI^{ème} siècle⁶⁷⁹. C'est ainsi que le pouvoir royal fit très souvent recours au procédé de la concession pour accompagner sa politique de maîtrise des territoires de la Couronne sous son autorité⁶⁸⁰. Tels furent par exemple le cas

⁶⁷³ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. xvii (introduction) ; *idem* : *Droit des travaux publics*, Paris, PUF, 1998, p. 117 où l'auteur indique la concession de service public était absorbée par la concession de travaux publics ; *adde* : X. Bezançon pour qui la concession est une concession de travaux publics conformément à la tradition historique : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 363 ; également : P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 14 où l'auteur affirme qu'aucune distinction n'était faite entre les concessions qui se rapportaient uniquement à la construction et à l'entretien des ouvrages (routes, ponts, etc.) et celles qui comportaient en plus l'exploitation d'un service sans lequel les ouvrages n'auraient eu aucune raison d'être.

⁶⁷⁴ Sur la notion de travail public, Cf. J. Dufau, *Droit des travaux publics*, Paris, PUF, 1998, p. 19 et s.

⁶⁷⁵ Cf. en ce sens X. Bezançon, op. cit., p. 8.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ En ce sens, C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 18 ; X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 25.

⁶⁷⁸ C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 18.

⁶⁷⁹ *Ibid.*

⁶⁸⁰ M. Jean Dufau précise ainsi que dans la première moitié du XIX^{ème} siècle, la concession de l'Ancien Régime va subir de profondes transformations : d'abord, le concessionnaire n'est plus réputé propriétaire des ouvrages car les concessions ne sont plus octroyées en pleine propriété ou à perpétuité et, ensuite, si l'exécution des ouvrages demeure l'élément central de la concession, on vit apparaître des concessions d'un type nouveau – avec le développement des transports ferroviaires, des distributions d'eau, de gaz et ensuite d'électricité – dans lesquelles l'opération de construction s'accompagne de l'exploitation d'un service. Par ailleurs, la rémunération des concessionnaires est liée à l'exploitation du service (redevances perçues sur les usagers du service) et non plus à la construction des ouvrages : Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. XVIII-XIX.

des concessions de ports, de canaux, de ponts, d'assèchement des marais, des concessions de coches d'eau pour traverser des fleuves⁶⁸¹.

220. Deux avantages ont, semble-t-il, guidé la préférence donnée à la concession : d'une part, celle-ci répondait à une proposition d'idées ingénieuses d'inventeurs que le roi considérait comme revêtant un caractère d'utilité publique ou d'enrichissement du pays⁶⁸², et, d'autre part, elle rencontrait un besoin de trouver des investisseurs extérieurs à la Couronne susceptibles de prendre tous les risques financiers et techniques d'opérations complexes de longue durée⁶⁸³. A côté des concessions faisant une place importante à l'innovation, il existait également des concessions plus traditionnelles pour lesquelles le souverain était plus directif – cas des concessions urbaines. A côté des concessions royales, il y avait par ailleurs des concessions municipales mises en œuvre sur la base de contrats de prestation de services (contrats de voirie, d'éclairage public, d'alimentation en eau...) ⁶⁸⁴.

221. A partir du XX^{ème} siècle cependant, on relève que les guerres et l'évolution des modes de pensée auront comme conséquences une remise en cause brutale des contrats de concession⁶⁸⁵. Ceci entraîne alors un rétrécissement du champ de la concession et une extension corrélative des régies administratives et des sociétés d'économie mixte tandis que parallèlement, les services publics ne cessent de se développer, notamment dans les transports des personnes, des biens ainsi que des informations⁶⁸⁶. Au cours de ce XX^{ème} siècle et précisément après la seconde guerre mondiale, une autre évolution s'affirme : d'une part, l'édifice juridique des contrats publics rentre dans un cadre européen nouveau où l'acquis de l'expérience historique française est en partie prise en compte et, d'autre part, ces contrats publics se trouvent soumis en droit français à des régimes procéduraux et un encadrement croissants⁶⁸⁷. L'acquis de l'expérience historique française pré-décrite semble également avoir inspiré l'essor du système concessif à travers le monde, des techniques contractuelles analogues ayant permis dès le XIX^{ème} siècle la création d'importants réseaux ferroviaires dans de nombreux pays⁶⁸⁸.

⁶⁸¹ Le contrat de concession est selon X. Bezançon le support juridique sans conteste d'une part non négligeable des activités économiques du XIX^{ème} siècle : Cf. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 104.

⁶⁸² Il s'agit alors de concessions dites d'innovation dont le succès réside dans la démarche de l'inventeur qui vient proposer la mise en exploitation de son idée ingénieuse au roi, lequel y adhère et donne à l'inventeur les moyens de réaliser son projet dans l'intérêt général des populations ou de l'Etat : c'est donc l'offre d'une personne privée qui va entraîner la reconnaissance d'utilité publique en raison de la prise de conscience par le souverain de l'utilité ou même de la nécessité d'une organisation collective pour l'activité en cause.

⁶⁸³ C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 18-19. Adde P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p.12 où l'auteur indique que la concession était à l'époque un procédé économique imaginé pour couvrir les dépenses des travaux publics, sans que la charge de ceux-ci dût, même sous forme d'avances, être supportée par le Trésor.

⁶⁸⁴ La croissance des compétences des collectivités locales obligea celles-ci à s'appuyer sur une certaine liberté contractuelle pour fournir ces services nouveaux et jusque là inconnus : Cf. en ce sens, X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 8.

⁶⁸⁵ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 9.

⁶⁸⁶ Ibid.

⁶⁸⁷ Ibid. ; adde : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 29.

⁶⁸⁸ Le modèle concessif aurait favorisé le développement de telles infrastructures ferroviaires car relève-t-on, les finances publiques de ces pays n'auraient pas pu assumer la charge et les risques de tels travaux, particulièrement en Europe centrale, en Russie, et en Amérique latine : Cf. en ce sens L. Jansse, *L'évolution de*

222. Actuellement, le système de la concession a connu un très grand développement à l'échelle de la planète⁶⁸⁹, et les services ou travaux concédés sont de plus en plus nombreux et variés : la distribution d'eau, d'électricité et de gaz, la construction et l'exploitation d'infrastructures diverses ou encore – domaine traditionnel de la concession – l'exploration et l'exploitation de ressources naturelles. Selon un auteur, qui en dresse un panorama presque exhaustif, il n'y a pas un continent ou une région qui échappe à l'influence du système concessif, y compris les Etats du monde qui restent essentiellement dirigistes ou collectivistes⁶⁹⁰. Par ailleurs, à la faveur des privatisations, le modèle concessif a également connu un certain renouveau dans les pays en développement⁶⁹¹. Le concept de concession resterait néanmoins l'un des plus vagues du droit administratif⁶⁹², d'où la question de sa définition.

SECTION II : LA QUESTION DE LA DÉFINITION ET L'OBJET DU CONTRAT DE CONCESSION

223. L'évolution de la concession que nous venons de présenter, loin d'avoir clarifié ce concept, a plutôt laissé ouverte, dans de nombreux droits nationaux, la question de sa définition (sous-section 1). Cette question se complexifie d'autant plus qu'une certaine confusion naît souvent des objets multiples qui se rattachent à la notion de concession (sous-section 2).

Sous-section 1 : La question de la définition du contrat de concession

224. Considérée comme l'archétype de la délégation de service public⁶⁹³, la concession fait l'objet d'une définition duale en droit de l'Union européenne, selon qu'il s'agit d'une concession de travaux ou d'une concession de service (II). Dans les droits nationaux des pays de référence pour cette étude, soit la France, la Belgique et le Luxembourg, les choses ne sont pas toujours aussi claires et la question d'une définition précise de la concession a fait l'objet, surtout en France, de grands débats jurisprudentiels et doctrinaux (I).

la notion de concession en matière de chemin de fer (thèse, Paris, 1924) cité par A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 221-222.

⁶⁸⁹ V. Banque mondiale, rapport précité sur le développement dans le monde en 1994 : une infrastructure pour le développement, Washington, 1994, disponible sur le site www.worldbank.org

⁶⁹⁰ C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 88.

⁶⁹¹ Ceci a souvent renforcé l'opinion fautive suivant laquelle la concession est une technique contractuelle de privatisation alors même qu'il reste dans le modèle concessif un lien contractuel entre l'opérateur et la personne publique qui permet à cette dernière de garder le contrôle de toute l'activité confiée à l'opérateur, voire de la récupérer en cas de carence persistance dudit opérateur. Une illustration de cette réalité a pu être observée dans les soubresauts qu'a connus le contrat dit de « concession et de licence » qui fut signé entre AES-SONEL et l'Etat du Cameroun en 2001, à la suite de la privatisation de la Société nationale d'électricité du Cameroun (SONEL) reprise par la société AES Cameroon Holding (filiale de l'entreprise américaine AES Corp. spécialisée dans le domaine de l'énergie).

⁶⁹² G. Vedel & P. Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, Themis, 1990, tome II, p.746; F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 15 où cet auteur affirme que la définition de la concession est marquée du sceau du paradoxe car, considérée comme l'archétype du contrat administratif, la concession est pourtant toujours à la recherche d'une définition claire et précise.

⁶⁹³ M. Pâques s'interroge cependant sur le point de savoir si la concession de service public n'est pas un mécanisme à ce point original qu'il ne peut, sans précaution, être érigé au rang de paradigme de la relation administrative contractuelle : M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, p. 192.

I - La notion de concession en droit interne

225. Selon M. Xavier Bezançon, le mot « concéder » est apparu dans la littérature vers 1280 et venait du latin *concedere* c'est-à-dire mettre à la place de, se retirer, céder, accorder un privilège ou un droit foncier⁶⁹⁴. Le mot « contrat » de *contrahere* (c'est-à-dire engager une affaire avec, se lier juridiquement), réapparaît quant à lui dans le langage juridique au XIV^{ème} siècle⁶⁹⁵. C'est ainsi que seront réunis, selon cet auteur, les « *acteurs sémantiques (...) pour une longue histoire contractuelle publique, marquée d'une permanente confusion* »⁶⁹⁶. Cette histoire des contrats publics est alors dominée par deux mots : le bail⁶⁹⁷ et la concession. Le mot concession recouvre alors toutes les notions possibles d'autorisation administrative, de délégation contractuelle de mission de construction au sens financier et technique (chemin de fer par exemple), généralement associée à un service d'entretien, ou plus simplement une gestion de service ou de travaux délégués⁶⁹⁸.

226. L'on observe néanmoins que si la dénomination des contrats au XIX^{ème} siècle est un peu plus discriminante que ne l'était la forme de l'acte sous l'ancien régime, les confusions entre contrats demeurent du fait de leur définition imprécise⁶⁹⁹. C'est dire en définitive que la question de la définition de la concession en droit interne (français) ne date pas d'aujourd'hui et n'a toujours pas connu de réponse définitive. L'attitude des auteurs est, soit de considérer le contrat de concession comme un contrat défini très sommairement – il s'agirait alors de la délégation d'une opération matérielle d'exécution de travaux publics d'intérêt général à un tiers extérieur à l'administration –, soit de dire qu'il s'agit d'un contrat qui possède une nature particulière qui peut se comprendre à plusieurs niveaux⁷⁰⁰. Au gré de l'évolution du temps cependant, on a observé que les définitions devenaient de plus en plus précises et de moins en moins archaïques comme l'illustre cette brève présentation⁷⁰¹ :

- la concession est d'abord présentée comme une libéralité ;
- elle est en suite envisagée dans certaines hypothèses comme une variante du marché de travaux ;
- on l'oppose par la suite au marché de travaux ;
- elle est considérée après comme un contrat de multiples prestations ;
- elle sera par ailleurs présentée comme un contrat complexe, un acte d'organisation d'une mission publique ;
- elle sera enfin vue comme une stipulation pour autrui.

⁶⁹⁴ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 10.

⁶⁹⁵ Cf. A. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 1906, p. 967 (le bail à rente) cité par X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 10.

⁶⁹⁶ X. Bezançon op. cit., Ibid.

⁶⁹⁷ Le bail recouvre sous l'Ancien régime et au XIX^{ème} siècle deux sens possibles, l'un d'aliénation et l'autre de location : Cf. X. Bezançon op. cit., p. 10.

⁶⁹⁸ Ibid.

⁶⁹⁹ Ibid.

⁷⁰⁰ Ibid. p. 358 où l'auteur précise que dans le second cas de figure et selon les approches préalables, la concession apparaît comme une variante du marché de travaux ou comme un contrat spécifique mais qui peut être rattaché au Code civil, voire dans certaines hypothèses comme un contrat *sui generis* en dehors du Code civil. L'auteur marque d'ailleurs sa préférence pour cette dernière qualification.

⁷⁰¹ Pour une présentation détaillée de l'ensemble de ces définitions, Cf. X. Bezançon op. cit., p. 358-362.

227. C'est la jurisprudence qui, au cours du XIX^{ème} siècle, consacra l'unité du contrat de concession et, partant, son caractère indivisible, par la soumission au Conseil de préfecture de l'examen de l'ensemble des clauses d'un tel contrat. Il fut ainsi mis fin à la distinction qui était alors opérée entre les clauses touchant à l'exécution des travaux et celles régissant les rapports financiers entre le concessionnaire et l'autorité publique⁷⁰². De cette apparente unité de la concession, a émergé une définition classique que rappelait en 1916 le commissaire du Gouvernement Chardenet, devant le Conseil d'Etat français, à l'occasion de l'affaire *Gaz de Bordeaux* à savoir que la concession est « *le contrat qui charge un particulier ou une société d'exécuter un ouvrage public ou d'assurer un service public, à ses frais, avec ou sans subvention, avec ou sans garantie d'intérêt, et que l'on rémunère en lui confiant l'exploitation de l'ouvrage public ou l'exécution du service public avec le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage ou sur ceux qui bénéficient du service public* »⁷⁰³.
228. Cette définition jurisprudentielle se vérifiera pendant des décennies⁷⁰⁴. Qualifiée de « simplificatrice » par un auteur⁷⁰⁵, elle semble avoir cédé face aux évolutions contemporaines. En effet, après avoir rappelé qu'il n'existe pas de définition textuelle de la concession, M. Llorens affirme que si pendant longtemps il pouvait suffire de se référer aux seuls critères jurisprudentiels pour savoir si un contrat est une concession de service public, ce n'est plus aujourd'hui le cas⁷⁰⁶. L'affaire de la 5^{ème} chaîne de télévision⁷⁰⁷ a permis d'affirmer qu'à côté des concessions par détermination de la jurisprudence, il peut exister des concessions de service public par détermination de la loi quand bien même les contrats en cause ne seraient pas conformes, y compris sur des critères essentiels, à la définition jurisprudentielle de la concession⁷⁰⁸. Il semble qu'il faille néanmoins se plier au constat selon lequel, la seule définition du contrat de concession reste de nature jurisprudentielle, les cas de qualifications légales de la concession demeurant rares⁷⁰⁹.
229. Six critères ont alors été identifiés dans la jurisprudence comme éléments de définition de la concession à savoir : l'existence d'un contrat, l'objet de service public de ce contrat, la dévolution du service public au cocontractant, le mode de rémunération de ce dernier, la charge des frais de premier établissement et enfin la durée du contrat⁷¹⁰. Si ces critères semblent en effet récurrents dans les contrats contemporains de concession, force est cependant de constater que certains des éléments recensés comme n'exerçant aucune

⁷⁰² Sur l'ensemble de la question et plus particulièrement sur les critères de répartition de compétence juridictionnelle entre les tribunaux judiciaires et le Conseil de préfecture Cf. X. Bezançon op. cit., p. 373 et s.

⁷⁰³ Concl. sous CE.fr, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Dalloz P., 1916, 3, p. 25.

⁷⁰⁴ En ce sens, C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 25.

⁷⁰⁵ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 226.

⁷⁰⁶ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 19.

⁷⁰⁷ CE.fr, Assemblée, 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion*, Rec. p. 96 ; AJDA 1986, p. 284, chron. M. Azibert et M. Fornacciari.

⁷⁰⁸ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 19.

⁷⁰⁹ Ibid. p. 20.

⁷¹⁰ Ibid. p. 28. Remarquons que M. Llorrens recense par ailleurs six autres éléments qu'il estime sans influence sur la définition de la concession à savoir : la qualification du contrat, le statut du concessionnaire, la nature du service concédé, l'exploitation du service aux frais et risques du concessionnaire, l'organisation par le contrat d'un contrôle de l'autorité concédante sur le concessionnaire et enfin le versement d'une redevance à l'autorité concédante : F. Llorrens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 20-21.

influence sur la définition de la concession se retrouvent dans des opinions doctrinales ainsi que dans de nombreuses décisions de jurisprudence⁷¹¹. Nous analyserons au titre des caractéristiques et de la nature juridique de la concession (section III *infra*) l'ensemble des éléments que la doctrine et la jurisprudence semblent considérer comme susceptibles de définir la concession. Il en résulte qu'en droit interne – français notamment – la concession est toujours à la recherche de sa définition et paraît par conséquent un concept évolutif⁷¹². Le droit de l'Union européenne semble quant à lui définir autrement la concession ou, à tout le moins, établir des critères généraux permettant de caractériser la notion de concession.

II- Notions de concession en droit de l'Union européenne

230. Quelques observations s'imposent d'emblée. A titre préliminaire, le droit de l'Union européenne ne prend nullement position sur la nature du contrat de concession et encore moins sur celui de délégation, concept qu'il ignore⁷¹³. Ensuite, la concession de services est exclue du champ d'application des directives de l'Union relatives à la commande publique, même si elle reste soumise aux règles et principes du traité que sont l'égalité de traitement, la transparence, la proportionnalité et la reconnaissance mutuelle⁷¹⁴. Enfin, l'intervention du droit de l'Union en matière de concessions est justifiée par le fait que celles-ci apparaissent souvent comme des « *supports potentiels de comportements anticoncurrentiels* » en raison notamment des « *monopoles de fait* » qui peuvent en résulter⁷¹⁵. La concession fait l'objet d'une définition duale en droit de l'Union européenne, selon qu'il s'agit d'une concession de service (A) ou d'une concession de travaux (B).

A- La concession de service

231. Une première définition de la notion de concession de service fut donnée par la Commission européenne dans une communication du 24 avril 2000⁷¹⁶. Cette communication interprétative sur les concessions en droit de l'Union européenne systématisait les critères permettant de distinguer la concession de travaux de la concession de service, en cas de contrat mixte. Prenant ensuite en compte l'interprétation

⁷¹¹ Tel est par exemple le cas du contrôle de l'autorité concédante sur le concessionnaire considéré par certains auteurs comme un critère de la concession : Cf. en ce sens G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Paris, Thémis, 1990, p. 747. Par ailleurs, certains arrêts semblent subordonner la qualification de concession de service public à l'existence d'un contrôle du service par l'autorité concédante, voire même à l'importance d'un tel contrôle : Cf. en ce sens conclusions Dufour sur CE.fr, 24 octobre 1969, Département du Puy-de-Dôme, JCP, 1970, II, 16206 ; TC, 4 février 1974, *Epoux Di Vita c/ Sieur Mayet*, Rec. p. 789.

⁷¹² Pour M. Courivaud cependant, la définition actuelle de la concession est à ce point appauvrie qu'il en découle un recul de l'originalité de cette technique contractuelle, au point qu'il n'existe plus que des différences ponctuelles entre les concessions de service public et d'autres contrats de service public ou signés « à l'occasion » d'un service public à mettre en place ou à gérer, ou même encore, de marchés publics purs et simples : H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, op. cit., p. 420.

⁷¹³ En ce sens Cf. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 477.

⁷¹⁴ Cf. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, aff. C-324/98 consultable sur : <http://curia.europa.eu/>

⁷¹⁵ Cf. en ce sens, A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 233 où l'auteur se réfère notamment à Mme Christine Brechon Moulènes dans l'ouvrage, *La concession de service public face au droit communautaire* (Sirey, 7, droit public, 1992), p. 5.

⁷¹⁶ Communication n° 2000/C 121/02, JOCE n° 2000/C 121 du 29 avril 2000, p. 2.

de la Cour de justice dans son arrêt *Unitron*⁷¹⁷ et selon laquelle une concession de service n'est pas un marché, une distinction est établie qui se fonde sur les critères de l'accessoire et du principal :

- si le contrat porte, à titre principal, sur la construction d'un ouvrage pour le compte du concédant, il s'agit d'une concession de travaux ;
- si le contrat comporte la réalisation de travaux seulement à titre accessoire ou porte uniquement sur l'exploitation d'un ouvrage existant, il s'agit d'une concession de service.

232. Finalement, la directive n° 2004/17 comporte une définition de la concession de service selon laquelle « la concession de services est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »⁷¹⁸. Inversement, c'est par référence au marché de travaux que le droit de l'Union donne une définition de la concession de travaux.

B- La concession de travaux

233. La définition de la concession de travaux retenue par la directive n° 2004/18⁷¹⁹ reprend celle de la directive n° 93/37 sur les marchés publics de travaux au terme de laquelle : « *La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ». Cependant, dans la mesure où il peut exister des contrats mixtes – à la fois une concession de travaux et de services publics – encore faut-il pouvoir distinguer la concession de travaux de la concession de services, cette dernière étant exclue du champ d'application des directives précitées.

234. Il est revenu à la Cour de justice de l'Union européenne de fournir, dans l'hypothèse du contrat mixte, un critère de distinction. Dans son arrêt du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA*⁷²⁰, la Cour pose comme principe que la concession de travaux et de service public doit être considérée comme un marché de travaux, dès lors que la part des travaux est supérieure, en valeur marchande, au coût de la prestation de services attachée à l'exploitation de l'équipement. Cette jurisprudence pose *in fine* la question de l'objet de la concession.

Sous-section 2 : L'objet du contrat de concession

235. Les contrats de concession constituent un sous-ensemble uni par le fait qu'ils comportent l'attribution, par l'autorité publique à son cocontractant, du soin de réaliser

⁷¹⁷ CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron*, aff. C-275/98, Rec. CJCE, I, p. 8305.

⁷¹⁸ Directive n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1.

⁷¹⁹ Directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et services, JO n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114.

⁷²⁰ CJCE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA*, Rec. CJCE, I, p. 1329.

une tâche dont il peut en outre assurer l'exploitation à ses risques et périls⁷²¹ et moyennant une rémunération en principe perçue sur les usagers⁷²² ou, plus généralement, assurée par les résultats de l'exploitation⁷²³. Ces contrats peuvent par conséquent porter sur des objets multiples. Si on a jadis retenu au titre de classification les concessions d'occupation du domaine public voire du domaine privé⁷²⁴, de nos jours cependant, les contrats de concession portent principalement sur les travaux publics (I) ainsi que sur les services publics (II). Ces deux catégories peuvent cependant se combiner entre elles lorsque la concession est à la fois de service public et de travaux publics (III).

I- Les concessions de travaux publics

236. La concession de travail public se définit de manière classique comme le contrat par lequel une personne morale ou physique – généralement privée – s'engage vis-à-vis d'une personne publique à construire et à exploiter un ouvrage public avec, en contrepartie, le droit de percevoir des redevances sur les usagers de l'ouvrage⁷²⁵. En droit belge par exemple, l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993⁷²⁶ définit la concession de travaux publics comme le contrat onéreux conclu par écrit, par lequel un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, octroie à une personne de droit privé ou de droit public, dénommée « concessionnaire », le droit d'exploiter, le cas échéant assorti d'un prix, les travaux ou l'ouvrage que le concessionnaire s'engage, soit à exécuter, soit conjointement à concevoir et exécuter, soit à faire réaliser par quelque moyen que ce soit⁷²⁷.

237. Certains auteurs font figurer parmi les concessions de travaux publics, les concessions minières et pétrolières⁷²⁸. Celles-ci auraient été parmi les concessions domaniales les plus anciennes conclues entre une personne publique et une entreprise privée, visant à octroyer à l'entreprise privée le droit d'explorer à ses frais et d'exploiter ensuite une partie du domaine public et plus précisément le sous-sol minier, avec souvent la faculté d'acquérir tout ou partie de la propriété des gisements qu'elle pourrait y découvrir, moyennant une redevance comportant des éléments fixes et variables⁷²⁹. On précise néanmoins qu'en ce

⁷²¹ Cette expression traditionnelle tendrait à être remplacée par l'expression « à ses frais et risques » ou encore « à ses risques et profits » : Cf. en ce sens C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, Paris, Ed. du Moniteur, 2007, p. 63.

⁷²² A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., tome I, p. 284 ; M.-A. Flamme, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, tome II, n° 473, p. 1138.

⁷²³ Documents d'étude, *Droit administratif : le contrat administratif*, n° 2.11, éd. 1999, p. 17.

⁷²⁴ Pour plus de détails sur ces types de concessions Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 12-13 où l'auteur cite notamment au titre des concessions d'occupation du domaine public : la concession d'endiguement, la concession d'établissements de pêche, la concession d'emplacement dans les halles de marché, la concession funéraire. Adde P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 37 et s.

⁷²⁵ Cf. en ce sens, J. Dufau, *Droit des travaux publics*, Paris, PUF, 1998, p. 117.

⁷²⁶ Loi belge du 24 décembre 1993, M.B., 22 janv. 1994, p. 1308 et s.

⁷²⁷ Pour une analyse approfondie de cette notion en droit belge, Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} édition, op. cit., p. 46 et s.

⁷²⁸ En ce sens avec quelques nuances cependant, Cf. J. Dufau, *Droit des travaux publics*, op. cit., p. 120 où l'auteur affirme que les concessions de mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux devraient être considérées comme des concessions de travaux publics lorsqu'elles sont exploitées par des établissements publics. L'auteur précise par contre qu'en l'état actuel du droit positif les concessions de mines autres que les hydrocarbures ne constituent pas des concessions de travaux publics.

⁷²⁹ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 227 ainsi que les références et la jurisprudence citées en note 2 par l'auteur. *Contra* : Ch. Leben, « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières

qui concerne les concessions de mines⁷³⁰ autres que les hydrocarbures, celles-ci ne constituent ni une concession de service public (car l'activité minière semble n'avoir jamais été considérée comme un service public)⁷³¹, ni une concession de travail public⁷³².

238. La difficulté à déterminer si les concessions minières et pétrolières sont de travaux ou de services semble résulter du statut particulier qu'accorde de nombreux Etats du monde à ce secteur d'activité. On en veut pour preuve le fait qu'à partir des années 60, de nombreux pays en développement n'aient plus accepté de « concéder » de la sorte leur domaine public, préférant être associés, sous une forme quelconque, à l'exploitation et bénéficier d'un transfert de technologie d'exploitation⁷³³. Bien plus, la difficulté sus-évoquée pourrait également s'expliquer par la place qu'a occupée dans l'histoire la concession de travail public par rapport à la concession de service public.

II- Les concessions de services publics

239. Historiquement, la concession de service public a été longtemps absorbée par la concession de travaux publics⁷³⁴. C'est ainsi que les contrats comportant la construction d'ouvrages publics et l'exploitation d'un service public étaient toujours considérés comme des concessions de travaux publics (c'était particulièrement le cas des concessions de chemins de fer, de tramways, de distribution publique d'eau potable et de gaz)⁷³⁵. Or, l'on note que dans ces divers types de concessions, le concessionnaire ne se bornait pas à construire les ouvrages, mais était également chargé de gérer le service en vue duquel ces ouvrages avaient été réalisés⁷³⁶. En outre, la rémunération du concessionnaire était liée non pas à la réalisation des ouvrages mais à l'exploitation du service, ledit concessionnaire étant en même temps assujéti par l'autorité concédante à des obligations de service public (continuité, régularité du service, égalité de traitement des usagers)⁷³⁷.

minérales », in JDI, 1980, II, p. 599 où l'auteur affirme que l'on peut dire que les concessions modernes ne transfèrent guère la propriété des gisements en l'état et qu'il est douteux que même les concessions anciennes l'aient jamais transférée.

⁷³⁰ Sur les concessions de mines en droit belge, Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 359 et s.

⁷³¹ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 15-16 et la référence citée par l'auteur en note 85 ; *Contra* : F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 29.

⁷³² J. Dufau, *Droit des travaux publics*, op. cit., p. 120.

⁷³³ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer, tome II*, op. cit., p. 227-228. M. Leben réfute l'argument selon lequel les concessions minières et pétrolières étaient un instrument colonial puisque, d'une part, cette technique a également été utilisée par les pays occidentaux et, d'autre part, la pratique aurait démontré que le contrat de concession n'était pas plus défavorable aux Etats d'accueil qu'une *Joint venture* ou un contrat de service. L'auteur estime que soumis entre autres à une bonne législation minière et à une fiscalité adéquate, le contrat de concession permet d'obtenir les mêmes avantages généraux qu'un contrat de service plus « sophistiqué », et parfois de meilleurs résultats financiers : Ch. Leben, « Les investissements miniers internationaux dans les pays en développement. Réflexions sur la décennie écoulée (1976-1986) », in JDI, 1986, II, p. 933-934 ; *adde* sur l'utilisation du contrat de concession dans le secteur des mines et des hydrocarbures : F. Dalgaard-Knudsen, *Mineral Concessions and Law in Greenland*, thèse de doctorat, European University Institute, Florence, 1994 ; A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer, tome II*, op. cit., p. 228 où l'auteur précise que le Canada, les USA et la Grande Bretagne notamment, procèdent régulièrement à des appels d'offres pour adjudger au plus haut enchérisseur des permis de recherches pétrolières et des concessions, « off shores » notamment, dans leurs eaux territoriales.

⁷³⁴ En ce sens, P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 14.

⁷³⁵ V. en ce sens, J. Dufau, *Droit des travaux publics*, op. cit., p. 117.

⁷³⁶ Ibid.

⁷³⁷ Ibid. p. 118.

240. Les contrats ayant pour objet exclusif la fourniture de prestations au public sans comporter la moindre opération de construction ou d'entretien d'un ouvrage public (telles les concessions de pompes funèbres) étaient également considérés comme des concessions de travaux publics⁷³⁸. Une telle conception présentait un double inconvénient : d'une part, elle ne permettait pas de distinguer les opérations portant sur un ouvrage qui se suffit à lui-même, et celles qui comportaient nécessairement une exploitation proprement dite et, d'autre part, dans l'hypothèse d'une exploitation de l'ouvrage – constitutive d'un service public – celle-ci était laissée dans l'ombre alors même qu'elle imprime à la concession de service public certaines de ses caractéristiques originales⁷³⁹.
241. En France, la concession de service public acquit son autonomie par rapport à la concession de travaux publics à partir de l'arrêt *Thérond* du Conseil d'Etat du 4 mars 1910⁷⁴⁰. De telles concessions de services publics semblent par ailleurs très fréquentes en Europe continentale⁷⁴¹ et particulièrement dans les pays de droit latin⁷⁴². Elles sont fondées sur l'engagement d'un concessionnaire privé, parfois public, d'assurer un service public – généralement sans obligation de réaliser un ouvrage ou des travaux de construction – à ses frais, risques et périls, sous le contrôle et selon les modalités que le concédant détermine moyennant une rémunération que le concessionnaire doit en principe percevoir à charge des usagers ou, plus généralement, sur les résultats de l'exploitation⁷⁴³.
242. Certains auteurs ont tenté de rapprocher de la concession du service public du système de franchisage qu'ils estiment particulièrement adapté au secteur public⁷⁴⁴. Le franchisage pourrait ainsi permettre à l'Etat d'avoir un contrôle effectif sur le service et la prestation (par le biais d'un cahier des charges finement élaboré et des normes clairement définies), sans la vulnérabilité due à l'intervention politique – grâce à la soumission du master franchiseur à un comité parlementaire ainsi que son engagement de respecter le cahier des charges⁷⁴⁵. Toutefois, si le franchisage se rapproche de la concession de service par de nombreux traits, il s'en distingue néanmoins par des caractères spécifiques dont notamment l'idée de faire exécuter le cahier des charges par le master franchiseur, sous la surveillance d'un comité parlementaire. Plus malaisée semble la distinction semble dans l'hypothèse des concessions « mixtes » de travaux et de services publics.

III- Les concessions de travaux et de services publics

243. De loin les plus courantes⁷⁴⁶, les concessions de travaux et de services publics comportent à la fois la construction d'un ouvrage (ou d'un équipement) et l'exploitation du service dont il est le support⁷⁴⁷. Pour un auteur dès lors, la concession de travail et de service public a pour objet de confier au cocontractant de l'autorité publique à la fois l'exploitation d'un ouvrage et la gestion d'un service : dans cette hypothèse, la mission de

⁷³⁸ Ibid.

⁷³⁹ En ce sens, Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 16.

⁷⁴⁰ CE.fr, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. Lebon 1910, p. 193, concl. Pichat.

⁷⁴¹ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 228.

⁷⁴² Ph. Flamme, M.-A. Flamme, Cl. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, op. cit., p.98.

⁷⁴³ Ibid.

⁷⁴⁴ Sur le franchisage du service public, V. O. Badot et G. Paquet, « Le franchisage du service public – Un exemple de quasi-firme » in *Gaz. Pal.*, 1990 (1^{er} sem.), p. 54-56.

⁷⁴⁵ Ibid. p. 55.

⁷⁴⁶ Pour une liste des principales concessions de travaux et de services publics, Cf. J. Dufau, *Droit des travaux publics*, op. cit., p. 118-120.

⁷⁴⁷ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 364.

service public impartie au cocontractant se confondrait avec l'exploitation même de l'ouvrage⁷⁴⁸.

244. Selon M. André Brabant, de telles concessions semblent s'être fortement développées ces dernières années, notamment en France, sous la forme de concession du domaine public ou de son sous-sol, afin d'y construire et d'y exploiter des « installations d'intérêt général », tels parkings, stations services, centres commerciaux, terminaux d'aéroport etc.⁷⁴⁹ En droit belge, cette forme de contrat de concession a souvent pris la forme d'un bail emphytéotique, régi par la loi du 10 janvier 1824, ou de « conventions d'aménagement »⁷⁵⁰. Toutefois, en dépit de leurs objets distincts tels que nous venons d'en présenter l'ébauche, les concessions présentent des caractéristiques communes qui permettent d'identifier leur nature et de fixer leur régime juridiques.

SECTION III : CARACTERISTIQUES, NATURE ET REGIME JURIDIQUES DES CONTRATS DE CONCESSION

245. Traditionnellement, on caractérise⁷⁵¹ les contrats de concession par un certain nombre d'éléments qu'il convient de présenter (sous-section 1). De ces caractéristiques découlent la nature et le régime juridiques du contrat de concession (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les caractéristiques du contrat de concession

246. Le contrat de concession se caractérise d'abord par son objet, en principe, d'intérêt général ainsi que par la dévolution d'un tel objet par contrat (I). Ensuite, sont pris en compte aussi bien le mode de rémunération du concessionnaire que les frais de premier établissement (II) Enfin, la durée du contrat (III) est également, en règle, un élément qui contribue à l'identifier.

I- Objet d'intérêt général de la concession et dévolution par contrat d'un tel objet

247. L'objet du contrat de concession, quelle qu'en soit la forme, est l'élément central qui permet traditionnellement de distinguer la concession de service public de tous autres contrats dénommés concessions mais qui ne portent pas sur un service public⁷⁵². On rappelle cependant que pour qu'il y ait concession de service public, il n'est pas nécessaire que le service public préexiste à la conclusion du contrat : c'est alors la concession qui crée le service public et non pas la nature de l'activité⁷⁵³. Ceci aboutit à faire dire que le

⁷⁴⁸ F. Llorens, « La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions » in Rev. du marché commun, n° 332, déc. 1989, p. 606.

⁷⁴⁹ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer, tome II*, op. cit., p. 229.

⁷⁵⁰ Cf. en ce sens M.-A. Flamme et Ph. Flamme, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation ? » in JTbe, 14 mai 1994, p. 385 et s. préc. n° 16 et s.

⁷⁵¹ Pour un survol comparé des caractéristiques de la concession dans les systèmes de *Common Law*, de *Civil Law* et dans certains systèmes scandinaves, V. F. Dalgaard-Knudsen, « Minéral Concessions and Law in Groenland », op. cit., p. 147-173.

⁷⁵² Dans le même sens Cf. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 424 ; *adde* : F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 29.

⁷⁵³ M. Llorens indique ainsi qu'il suffit que le contrat mette à charge du cocontractant des obligations inspirées par l'intérêt général et organise un contrôle étroit du service par l'autorité publique, pour que les conditions d'existence du service public se trouvent réalisées : F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 30.

concessionnaire crée l'entreprise économique, mais que c'est l'autorité publique qui crée le service public⁷⁵⁴. Il n'est pas non plus nécessaire que la gestion du service soit l'objet exclusif du contrat : on considère ainsi que le bail emphytéotique n'est pas une concession de service public, mais dès lors que la convention qui le prévoit a un objet plus large comprenant la dévolution d'un service public, cette convention est considérée comme une concession de service public malgré la présence d'un bail emphytéotique⁷⁵⁵.

248. Tout aussi important est le transfert (ou la dévolution ou encore la délégation) par contrat du service public en cause au cocontractant⁷⁵⁶. Le cocontractant doit ainsi se voir confier la responsabilité du service public, ce qui constitue aux yeux de certains auteurs un élément représentatif de l'essence même de la concession du service public⁷⁵⁷. Par transfert ou délégation, on entend que le cocontractant gère le service en son nom et pour son compte⁷⁵⁸ ce qui emporte deux conséquences : d'une part, c'est dans cette dévolution que réside la différence essentielle entre la concession de service public et le mandat et, d'autre part, cet élément permet de distinguer la concession des contrats qui constituent une modalité d'exécution du service public sans cependant emporter une quelconque dévolution de celui-ci⁷⁵⁹. Ces deux premières caractéristiques de la concession sont complétées par le critère du mode de rémunération du concessionnaire auquel on ajoute parfois le critère de la prise en charge des frais de premier établissement.

II- Mode de rémunération du concessionnaire et prise en charge des frais de premier établissement

249. Le mode de rémunération du concessionnaire est considéré comme un des éléments essentiels de la concession, mais il est également l'un de ceux qui prêtent le plus à discussion⁷⁶⁰. En principe, les contrats dans lesquels le cocontractant se rémunère au moyen de redevances perçues sur les usagers sont des concessions⁷⁶¹ alors qu'en revanche, ceux dans lesquels il perçoit un prix versé par l'administration sont des marchés⁷⁶². En règle, le mode de rémunération permet dès lors de distinguer la concession des autres modalités d'exécution du service public⁷⁶³, quelle que soit par ailleurs leur similitude avec la concession.

⁷⁵⁴ En ce sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 84.

⁷⁵⁵ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 30-31. Cette solution s'appliquerait également selon cet auteur aux concessions de travaux et de services publics présentés *supra*.

⁷⁵⁶ Le service public se détacherait ainsi de l'administration, qui se décentralise au maximum voire même s'adapte, afin de pouvoir être géré d'une manière semblable à celle dont sont gérées les entreprises privées, par une personne qui, dans l'espoir d'un profit, accepte d'en courir les risques : en ce sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 86.

⁷⁵⁷ G. Dupuis, « Sur la concession de service public », Dalloz, 1978, chron. p. 222, cité par F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 32.

⁷⁵⁸ Le cocontractant garde en effet sa qualité de personne privée même si pour les besoins de sa gestion certains attributs de la puissance publique peuvent lui être octroyés.

⁷⁵⁹ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 33.

⁷⁶⁰ Ibid. p. 36.

⁷⁶¹ Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 28 ; *adde* : CE.fr, 27 mars 1985, *Sociétés des marchés de la région parisienne*, RDP, 1985, p. 1968, obs. F. Llorens.

⁷⁶² Pour une illustration nette de cette solution, V. CE.fr, 14 octobre 1988, *SA Socea-Balancy (SOBEA) et autres* in *Marchés publics*, n° 240, mars 1989, p. 8, note F. Moderne.

⁷⁶³ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 28.

250. Encore faudrait-il savoir ce que recouvrent exactement les termes prix et redevances. Un auteur indique que la jurisprudence administrative française entend par redevances toute somme versée par les usagers en contrepartie d'un service rendu et calculée en fonction de l'importance de ce service⁷⁶⁴. Le prix quant à lui consisterait en toute somme versée par l'administration à son cocontractant et uniquement dans le but de rémunérer la prestation fournie par ce dernier : les subventions et autres avances consenties au cocontractant ne peuvent donc pas être considérées comme un prix⁷⁶⁵. Néanmoins, quand bien même la perception ou non de redevances serait établie, c'est en fin de compte la destination de celles-ci qui permet d'identifier le mode de rémunération du cocontractant : ainsi on considère qu'il y a rémunération sous forme de prix – et non pas redevances – lorsque le cocontractant se borne à percevoir les redevances pour le compte de l'autorité publique, cette dernière le rémunérant en lui reversant une certaine somme dont le montant est déterminé par le contrat⁷⁶⁶. Par ailleurs, il est généralement admis que la rémunération du concessionnaire ne résulte pas toujours des recettes perçues exclusivement sur les usagers⁷⁶⁷. Ainsi, les redevances perçues par le concessionnaire peuvent être complétées par des recettes tirées d'activités annexes au service concédé ou de la publicité⁷⁶⁸.

251. Relevons que le droit de l'Union européenne, dont les définitions de la notion de concession ont été examinées, admet quant à lui que le droit d'exploiter les services ou les travaux puisse être assorti d'un prix – versé par l'administration s'entend. Une partie de la doctrine française soutient au demeurant qu'il n'y aurait pas concession uniquement lorsque le cocontractant perçoit des redevances sur les usagers, mais plus largement lorsque sa rémunération est déterminée par les résultats financiers de l'exploitation du service⁷⁶⁹. Ce critère large correspond, comme nous l'avons vu, à celui posé par le droit de l'Union. On peut en déduire que le mode de rémunération du concessionnaire devrait se baser sur le droit d'exploiter – le travail ou le service concédé – éventuellement assorti d'un prix⁷⁷⁰.

252. En ce qui concerne les frais de premier établissement, on estime que la prise en charge de ceux-ci par le concessionnaire constitue un critère essentiel de distinction entre la concession et l'affermage car, seul le concessionnaire supporte les frais de premier établissement⁷⁷¹. Cette immobilisation des capitaux établirait par ailleurs la différence entre la concession et le marché⁷⁷². L'immobilisation des capitaux du concessionnaire

⁷⁶⁴ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 37 où l'auteur précise néanmoins que dans le cas de la définition de la concession de service public, cette notion est entendue plus largement.

⁷⁶⁵ Ibid.

⁷⁶⁶ Ibid. ainsi que la référence citée par l'auteur en note 3.

⁷⁶⁷ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 29 où l'auteur illustre cette situation par le célèbre arrêt *Thérond* précité.

⁷⁶⁸ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 37.

⁷⁶⁹ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, tome I, n° 237, p. 297.

⁷⁷⁰ A l'extrême, selon le Professeur Orianne, on pourrait concevoir un service concédé et exploité par le concessionnaire, soit à forfait, soit moyennant une rémunération payée par l'autorité publique (c'est le cas pour la PFI étudiée au chapitre 2 *infra*) pour autant que les risques ou certains risques soient effectivement supportés par le concessionnaire : P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 88.

⁷⁷¹ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 40.

⁷⁷² X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 425 où l'auteur cite en note 1592 le Commissaire du gouvernement Chardenet qui affirmait : « En premier lieu, le concessionnaire devra engager des capitaux

traduit sans conteste possible une idée de durée. La durée, parfois très longue, est en effet une des caractéristiques du contrat de concession.

III- Durée du contrat de concession

253. Traditionnellement, le contrat de concession est conclu pour une longue durée. Ceci s'explique par la nécessité d'un amortissement sur plusieurs années des installations réalisées par le concessionnaire⁷⁷³. De même, en raison de la durée de ses engagements, certains n'ont pas hésité à considérer le concessionnaire comme un « collaborateur permanent de l'administration »⁷⁷⁴.

254. A partir d'une certaine époque cependant, une tendance du droit français a consisté à abréger anormalement la durée du contrat de concession⁷⁷⁵. Un arrêt relativement récent a semblé freiner cette tendance, considérant qu'un contrat d'une durée de trois années n'est pas une concession⁷⁷⁶. On a toutefois estimé que toutes les concessions de service public ne sont pas nécessairement des contrats de longue durée, surtout dans les hypothèses où les installations à réaliser par le concessionnaire sont relativement modestes⁷⁷⁷. Toujours est-il que si un contrat de longue durée n'est pas forcément un contrat de concession, une durée très brève peut conduire à écarter la qualification de concession : la durée peut donc être retenue comme un critère de la concession. Cette dernière caractéristique de la concession ainsi que toutes celles pré-décrites impriment sa nature et son régime au contrat de concession.

Sous-section 2 : Nature et régime juridiques du contrat de concession

255. La nature juridique de la concession a donné lieu à de nombreux et houleux débats doctrinaux desquels il semble se dégager aujourd'hui une constance (I). De cette constance ainsi que de ses caractéristiques, la concession connaît un régime juridique spécifique et complexe (II).

I- Nature juridique de la concession

256. Selon un auteur, le débat sur la nature du contrat de concession est presque aussi vieux que ce contrat lui-même⁷⁷⁸. Cette question a en effet donné lieu à trois théories dont nous rappellerons brièvement les principaux éléments. Il s'agit tout d'abord, de la théorie de la

importants, qui seront immobilisés pour longtemps, et ce ne sera qu'au bout de bien des années qu'il percevra une somme représentant pour lui la rémunération des travaux exécutés et exploités ou du service public assuré. Au contraire, l'entrepreneur de travaux publics ou le fournisseur sont payés, lorsque le travail à exécuter ou la fourniture à livrer ont été achevés et reçus définitivement, sans parler des acomptes qu'ils peuvent recevoir au cours de l'exécution de leur marché. Pour eux, pas d'immobilisation de capitaux pendant de longues années, pas de risques à courir dans l'exploitation d'un ouvrage public ou d'un service public ».

⁷⁷³ En ce sens, J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 27.

⁷⁷⁴ Ibid.

⁷⁷⁵ A titre d'exemple, V. CE.fr, 21 janv. 1944, *Sieur Leoni*, RDP, 1944, p. 250, note Jèze (contrat d'une durée de trois ans qualifié de concession par le Conseil d'Etat) ou encore CE.fr, 19 mars 1948, *Société Les Amis de l'opérette*, Rec. p. 142 (contrat d'un an qualifié de concession).

⁷⁷⁶ CE.fr, 3 juin 1987, *Société nîmoise de tauromachie et de spectacles*, Les petites affiches, n° 72, 15 juin 1988, p. 22, note B. Poujade.

⁷⁷⁷ En ce sens avec des exemples à l'appui, Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 27.

⁷⁷⁸ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 420.

double nature de la concession(A), ensuite de la théorie de l'acte mixte (B) et enfin de la théorie de la nature contractuelle de la concession (C).

A- La théorie de la double nature de la concession

257. Cette théorie trouve son origine dans les conclusions de M. Léon Blum, commissaire du gouvernement, sur l'arrêt du Conseil d'Etat français du 11 mars 1910⁷⁷⁹. Elle postule que la concession présenterait un double aspect : sa nature juridique varie en fonction des personnes auxquelles elle s'applique :

- dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire, la concession revêt un caractère intégralement contractuel ;
- par rapport aux tiers usagers et non usagers, la concession doit être considérée comme un acte réglementaire.

258. La différence de conception entre cette théorie et celle de l'acte mixte (Cf. *infra* n° 259) consisterait en un glissement : c'est la nature juridique des rapports qui varie en fonction des intéressés et non les clauses du contrat qui seraient tantôt réglementaire, tantôt contractuelles⁷⁸⁰. Une telle conception a cependant fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine⁷⁸¹. Pour M. Paul Orianne par exemple, il ne paraît pas concevable qu'un même acte juridique ait, entre certaines personnes, valeur de contrat, et entre d'autres, valeur de règlement dans la mesure où, une telle conception est tellement peu compatible avec la tradition juridique la plus souple que l'on aurait peine à croire que telle ait été l'opinion des protagonistes de la théorie de la double nature⁷⁸². M. Dufau estime néanmoins que s'il est peu satisfaisant pour l'esprit qu'un seul et même acte puisse être considéré à la fois comme un contrat et comme un règlement, la théorie de la double nature de la concession a semblé correspondre aux solutions de la jurisprudence⁷⁸³. Cette même jurisprudence a souvent appliqué une théorie différente, mais proche de la théorie de la double nature de la concession, soit la théorie de l'acte mixte.

B- La théorie de la concession « acte mixte »

259. Cette théorie qui consiste à distinguer au sein de la concession deux catégories de dispositions dont les unes sont contractuelles et les autres réglementaires reçut le soutien de nombreux auteurs⁷⁸⁴. D'un usage aisé, elle emportait comme conséquence que les clauses qualifiées de contractuelles – clauses déterminant les avantages accordés par le concédant au concessionnaire, soit les garanties financières, les privilèges contre la concurrence, la durée de la concession – ne pouvaient être modifiées que d'accord parties tandis que les clauses qualifiées de réglementaires – clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service public concédé, soit les règles d'exploitation et de sécurité, le statut du personnel, les tarifs applicables aux usagers – pouvaient être modifiées unilatéralement par l'autorité concédante.

⁷⁷⁹ CE.fr, 11 mars 1910, Compagnie française des tramways, Rec., 1910, p. 223.

⁷⁸⁰ En ce sens, X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 422.

⁷⁸¹ Cf. les références citées en note 44 par J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 38.

⁷⁸² P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 99.

⁷⁸³ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 38. *Contra* cependant X. Bezançon, op. cit., p. 422 qui indique que la théorie de l'acte mixte a fini par l'emporter.

⁷⁸⁴ Cf. X. Bezançon, op. cit., p. 421 et les références citées en note 1562 ; Adde : J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 37 ; P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 99 et s. ; M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 203 et s.

260. Cette théorie a tout d'abord été contredite par la jurisprudence française qui refusait de distinguer dans un document qui revêt la forme d'une convention des clauses « réglementaires » et des clauses contractuelles⁷⁸⁵. Elle a ensuite été critiquée par une partie de la doctrine qui estimait que le partage entre clauses « réglementaires » et « clauses contractuelles » est d'une logique plus apparente que réelle car, des clauses de même nature telles les clauses tarifaires ont tantôt un caractère réglementaire, tantôt un caractère contractuel⁷⁸⁶. Néanmoins, la tendance récente en droits français et belge semble consacrer la théorie de la concession comme acte mixte :

- en droit français en effet et contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence antérieure sus-évoquée, le contrat de concession semble désormais pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁷⁸⁷, ce qui atteste de sa nature mixte ;
- la doctrine belge estime quant à elle que seule une analyse spécifique par l'acte mixte permet de rendre un compte exact du mécanisme que constitue la concession⁷⁸⁸.

Reste qu'il demeure malaisé de déterminer avec précision, dans cette conception, la nature ou le sens de certaines clauses. Par ailleurs la concession est d'abord et avant tout un contrat dont l'objet est unique et déterminé ou à tout le moins déterminable.

C- La nature conventionnelle de la concession

261. La théorie de la nature conventionnelle de la concession puiserait ses origines dans la conception la plus ancienne, héritée de la concession traditionnelle de travaux publics⁷⁸⁹. Elle postule que la concession constitue un contrat pur et simple tant dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire que vis-à-vis de toutes les personnes intéressées à l'exécution du service concédé⁷⁹⁰. M. Dufau estime que cette théorie a été critiquée par la majorité de la doctrine et ne saurait être retenue, d'autant plus qu'elle serait inconciliable avec la jurisprudence antérieure – et même actuelle comme nous l'avons vu – du Conseil d'Etat français qui a admis la possibilité pour les usagers d'attaquer par voie de recours pour excès de pouvoir les mesures prises en violation du cahier des charges⁷⁹¹.

⁷⁸⁵ La jurisprudence a estimé que la présence de dispositions à caractère réglementaire dans l'acte de concession confère à ce dernier, dans son intégralité, le caractère d'acte réglementaire : Cf. TC, 15 janvier 1968, Barbier, AJDA, 1968, I, p. 225.

⁷⁸⁶ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 37 ainsi que les références citées par l'auteur.

⁷⁸⁷ CE.fr du 10 juillet 1996 *Cayzele* (AJDA, 1996, p. 807). Selon X. Bezançon la jurisprudence française s'est totalement ralliée à la théorie de l'acte mixte par cet arrêt acceptant que les clauses réglementaires d'un contrat de délégation de service public puissent être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 579.

⁷⁸⁸ En ce sens, M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 209 ; adde : D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 518 ; P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 99 où l'auteur affirme qu'est parfaitement concevable le fait que par l'effet d'une pluralité d'actes ou acte mixte, une même clause, une même stipulation ait, si pas une double nature, au moins une double valeur (souligné par l'auteur). Les relations juridiques entre l'administration et le concessionnaire d'une part, et entre ce dernier et le public, d'autre part, se fonderaient ainsi sur des bases juridiques différentes, même si leur objet matériel est en partie le même et si elles se servent mutuellement de support.

⁷⁸⁹ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 36.

⁷⁹⁰ Les arrêts du Conseil d'Etat français du 29 octobre 1926, *Gay* (Rec., p. 910 et s.) et du 22 juillet 1927, *Syndicat des employés des secteurs électriques de la seine* (Rec., p. 826) se rattachent à cette conception et se réfèrent à la stipulation pour autrui : le concédant est alors considéré comme le stipulant, le concessionnaire comme le promettant et le candidat usager (ou l'usager) est quant à lui considéré comme le bénéficiaire de la stipulation. Pour une analyse de cette conception de la concession Cf. X. Bezançon, op. cit., p. 422-424.

⁷⁹¹ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 36.

262. Pour le Professeur Orianne, l'engagement réciproque de l'autorité concédante et du concessionnaire ne peut suffire à fixer le statut du service concédé et la situation des usagers qui sont appelés à en bénéficier : la concession du service public ne peut se réaliser que par le double procédé du contrat et de l'acte unilatéral ; elle est tout à la fois un contrat et un acte d'autorité⁷⁹². Cette analyse est confirmée par M. Pâques qui relève que la doctrine a rarement soutenu sans nuance que la concession était un contrat de droit commun car elle lui reconnaît une spécificité qui tient à son double objectif soit, assurer le service public et garantir certains droits au concessionnaire⁷⁹³.

263. L'idée de la concession comme un contrat spécial nous semble séduisante et est confortée par les analyses d'une partie de la doctrine. Un auteur affirme en effet que la concession se définit avant tout comme un contrat, même si l'on admet que par certains traits, elle se rapproche de l'acte réglementaire⁷⁹⁴. Suivant cet auteur, cette parenté de la concession avec l'acte réglementaire concerne davantage ses effets que sa nature même, dès lors qu'elle est fondamentalement le fruit d'un accord de volontés entre les parties⁷⁹⁵. C'est en cela que le contrat de concession se distingue des procédés unilatéraux d'habilitation à gérer des services ou réaliser des travaux publics.⁷⁹⁶ Il ne pouvait d'ailleurs, selon la jurisprudence française antérieure précitée, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir⁷⁹⁷.

264. Pour M. Pâques, à défaut d'aspect contractuel, la simple autorisation administrative ne peut donner au partenaire de l'administration une garantie contre la mutabilité unilatérale : la concession conférerait au concessionnaire un gage contre le risque administratif et cette assurance tiendrait à la présence du contrat dans la concession, l'objet de ce dernier étant de rendre immuable l'équilibre économique convenu⁷⁹⁸. Cette analyse nous semble en partie erronée, notamment en ce qu'elle considère que l'objet du contrat est de « rendre immuable l'équilibre économique convenu ». Elle procède d'une confusion entre l'effet du contrat de concession et son objet (i.e. sa finalité) et nous paraît par ailleurs éloignée de la réalité contemporaine de la concession⁷⁹⁹. En effet, si l'on peut admettre avec M. Orianne que le caractère contractuel et lui seul fait ressortir l'originalité du procédé concessif au regard d'autres techniques du droit public et qu'il correspond par ailleurs à la forme extérieure de l'opération (à tout le moins dans sa partie centrale selon cet auteur)⁸⁰⁰, le contrat de concession ne saurait par conséquent avoir pour objet de « rendre immuable l'équilibre économique convenu ». En réalité, le concessionnaire s'engage aux termes du

⁷⁹² P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 97 où l'auteur précise que la majorité de la jurisprudence et de la doctrine s'accordent, sous des formes diverses, à reconnaître cette réalité.

⁷⁹³ M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 202.

⁷⁹⁴ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 29 ; *Adde* : A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., tome I, p. 100-109.

⁷⁹⁵ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 29 (c'est nous qui soulignons).

⁷⁹⁶ F. Dalgaard-Knudsen suggère à ce sujet de ne pas s'arrêter à la qualification que les parties donnent à leur accord lorsqu'il affirme : « [...] *It is quite inappropriate to use a strict and narrow interpretation of the terminology used to refer to raw material exploitation arrangements. A contract does not become a permit just because its title states that it is a permit, and vice versa* » : F. Dalgaard-Knudsen, « Mineral Concessions and Law in Greenland », op. cit., p. 144-145.

⁷⁹⁷ CE.fr, Assemblée, 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, AJDA, 1986, p. 284.

⁷⁹⁸ En ce sens, M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 207.

⁷⁹⁹ Il faut ainsi rappeler que la transformation des notions juridiques qui sont à la base de la concession résulte tout autant de la modification des structures économiques et politiques que de l'évolution du droit.

⁸⁰⁰ P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 96.

contrat de concession à gérer le service public pendant toute la durée du contrat, tandis que l'autorité publique lui promet certains avantages en retour et s'engage à les accorder pendant toute la durée du contrat : il s'agit donc d'un contrat synallagmatique dont l'objet est déterminé (ou est déterminable). Si le contrat de concession se double d'actes unilatéraux, l'intervention de tels actes n'a, à aucun moment, pour effet d'enlever à l'opération son caractère contractuel⁸⁰¹. Les prérogatives éventuelles de l'administration, si elles peuvent s'expliquer et se justifier par leur fonction sociale, tirent aussi leur compatibilité avec la logique contractuelle de leur conformité à la justice contractuelle⁸⁰².

265. Plus fondamentalement, le cahier des charges par le biais duquel le « règlement du service tout entier fait irruption dans le contrat pour en déterminer l'objet », selon l'expression de M. Orianne⁸⁰³, a été analysé en droit belge comme se rapprochant du « contrat dirigé, il forme un cadre contractuel auquel il ne peut être dérogé qu'en fonction des spécificités du marché considéré »⁸⁰⁴. Bien plus, pour Mme Boiteau, cahier des charges et contrat sont de nos jours fréquemment confondus⁸⁰⁵ de même que M. Orianne considère que la concession reste entre parties un contrat et la loi lui donne effet vis-à-vis des tiers⁸⁰⁶. Selon cet auteur, dès lors que le caractère contractuel de la concession est admis, le maintien de son équilibre financier est commandé non seulement par l'équité mais également par la règle du Code civil selon laquelle tout engagement doit avoir une cause⁸⁰⁷. Pour M. Mescheriakoff au demeurant, la portée des notions de mixité ou de double nature de la concession ne doit pas être surestimée : les clauses qui peuvent avoir dans certaines hypothèses une portée réglementaire sont intégrées dans un acte globalement contractuel⁸⁰⁸. De ce qui précède, la concession apparaît au final comme un contrat, quoique pouvant avoir certains effets réglementaires⁸⁰⁹. Ceci lui imprime un régime juridique spécifique.

II- Régime juridique de la concession

266. Dans sa conception classique, la concession est consentie par une personne publique (Etat, collectivité locale ou régionale) à une personne privée, généralement une entreprise

⁸⁰¹ En ce sens, P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 85 où l'auteur précise que l'on ne peut comprendre le mécanisme de la concession si l'on perd de vue qu'elle suppose au point de départ la rencontre de deux volontés, deux engagements réciproques. *Contra* cependant, H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, op. cit., p. 420 où l'auteur affirme que le contenu contractuel de la concession s'estompe aujourd'hui au profit de l'acte unilatéral.

⁸⁰² En ce sens Cf. M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », op. cit., p. 241 ainsi que la note 12 et les références y citées par l'auteur. *Contra* cependant P. Orianne pour qui les applications de la loi du changement dépasseraient de loin les effets les plus larges du droit reconnu par la loi civile à certains contractants : Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 113-114.

⁸⁰³ Ibid. p. 100.

⁸⁰⁴ Cf. Rapport au Roi et avis du Conseil d'Etat belge publiés en annexe de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 (M.B. du 18 octobre 1996) cités par F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburghe, *Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 337, précisément note 728.

⁸⁰⁵ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, p. 170.

⁸⁰⁶ Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 101.

⁸⁰⁷ Ibid. p. 120. Sur les rapports entre droit civil et droit administratif, Cf. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003.

⁸⁰⁸ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} édition, 1997, p. 365.

⁸⁰⁹ En ce sens, A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, tome I, op. cit., p. 105 où ces auteurs affirment que la concession de service public est un exemple typique d'accord conventionnel générateur d'effets réglementaires (souligné par les auteurs).

commerciale, dont elle a le libre choix⁸¹⁰. Aujourd'hui, il est admis que des établissements publics puissent octroyer des concessions⁸¹¹, mais aussi et surtout que le concessionnaire puisse être une personne publique⁸¹². Présentée comme point de rencontre entre l'activité privée et l'action publique, la concession obéit à un régime qui a pour but de sauvegarder les intérêts respectifs et légitimes des parties en présence : intérêts collectifs défendus par l'autorité publique et intérêts privés et patrimoniaux du concessionnaire privé. Nous analyserons tout d'abord le régime relatif aux parties au contrat de concession (A) et ensuite le régime applicable aux biens de la concession (B).

A- Régime relatif aux parties au contrat de concession

Nous distinguerons d'une part les droits, obligations et prérogatives du concessionnaire (1) et, d'autre part, les droits, obligations et prérogatives de l'autorité concédante (2).

1-Les droits, obligations et prérogatives du concessionnaire

267. Le principe du libre choix du concessionnaire par l'autorité concédante a été longtemps considéré comme une des caractéristiques essentielles du régime de la concession⁸¹³. Ce principe est justifié par le fait de l'importance et de la durée du service concédé, ces considérations emportant comme conséquence que l'autorité concédante doit avoir la possibilité de traiter avec le candidat concessionnaire dont elle connaît les compétences techniques, la surface financière, la réputation de sérieux au sein de la profession, etc.⁸¹⁴. La jurisprudence en avait alors déduit que l'autorité concédante est fondée à conclure la concession *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne du concessionnaire⁸¹⁵.

268. Un effacement de la personnalité du concessionnaire a toutefois été observé au cours du XX^{ème} siècle, le cahier des charges de la concession, souvent préétabli, étant devenu de plus en plus unilatéral⁸¹⁶. Dans la réalité cependant, un auteur affirme que le cahier des charges fixe l'objet du contrat et devient par son acceptation par le concessionnaire la plus importante des stipulations contractuelles, car ce dernier s'engage alors à exploiter le service aux conditions du cahier des charges⁸¹⁷.

⁸¹⁰ A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., tome I, p. 286.

⁸¹¹ Ibid.

⁸¹² P. Flamme, M.-A. Flamme, C. Dardenne, *Les marchés publics européens et belges*, op. cit., p. 98 ; D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, op. cit., p. 34 ; F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 22.

⁸¹³ En ce sens, J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 53.

⁸¹⁴ M. Bezançon affirme que la capacité technique et financière du futur titulaire à réaliser le contrat l'emportait sur toute autre considération : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 219.

⁸¹⁵ En ce sens, J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 54 ; *adde* pour une étude historique de l'*intuitu personae* dans les contrats de délégation d'une mission ou d'un travail publics, X. Bezançon, op. cit., p. 219-226. On note cependant qu'il y a de nos jours une perte de substance de l'*intuitu personae* attaché aux concessions : en ce sens Cf. H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, op. cit., p. 422-425.

⁸¹⁶ X. Bezançon, op. cit., p. 408.

⁸¹⁷ En ce sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 100.

269. On affirme depuis longtemps également que le concessionnaire exploite le service ou l'ouvrage à ses risques et périls⁸¹⁸, faisant siens les bénéfices comme les pertes. Il est en général maître d'ouvrage des travaux à réaliser, employeur des salariés et responsables des dommages éventuels⁸¹⁹. Le concessionnaire organise par conséquent librement sa prestation, mais doit veiller à exécuter le service conformément aux stipulations du contrat de concession et aux lois et règlements en vigueur⁸²⁰. Le concessionnaire doit en outre exécuter personnellement – en dépit du relatif effacement de l'*intuitu personae* – le contrat de concession, tout changement dans la personne du concessionnaire étant soumis à des conditions très strictes⁸²¹. On a même pu affirmer que le concessionnaire n'est pas un cocontractant ordinaire, quoique engagé dans les liens d'un contrat : on devrait alors pour apprécier l'étendue de ses obligations, faire abstraction de leur origine contractuelle pour ne tenir compte que de leur objet, le service public⁸²². L'objet de la concession semble également commander le régime juridique applicable à l'autorité concédante.

2- Les droits, obligations et prérogatives de l'autorité concédante

270. La personne publique conserve, notamment dans les concessions de service public, le contrôle⁸²³ de la gestion⁸²⁴ : le contrat définit des obligations qui garantissent que l'activité continuera à répondre aux exigences du service public⁸²⁵ et l'autorité publique doit veiller au respect de ces obligations et en sanctionner la violation⁸²⁶. Elle est responsable, à titre subsidiaire et surtout en dernier ressort, envers les tiers en cas d'insolvabilité du concessionnaire⁸²⁷. Pour M. Orianne, la concession ne signifie nullement un abandon, mais traduit au contraire la volonté de l'autorité de sauvegarder les intérêts des usagers par le moyen qu'elle juge être le meilleur dans les circonstances du

⁸¹⁸ *Contra* : F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 23-27. Pour ce dernier, la gestion du service aux frais et risques du concessionnaire ne fait plus partie des critères de la concession, même si ce critère continue de caractériser nombre de concessions. D'après cet auteur, ceci s'expliquerait par le fait qu'avant d'être un contrat, la concession est d'abord un mode de gestion du service public, lequel ne peut obéir à une stricte logique économique. De plus, M. Llorens précise (p. 25) que l'utilisation de la concession pour gérer des services publics administratifs échappant aux impératifs habituels de rentabilité, voire des services publics dont on savait qu'ils ne seraient pas rentables, a accentué ce phénomène.

⁸¹⁹ En ce sens, Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2001, p. 428.

⁸²⁰ Sur les modalités d'exécution de ses obligations par le concessionnaire, Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 71-76.

⁸²¹ Ibid. p. 76-80. On affirme ainsi par exemple que même dans l'hypothèse où elle n'a lieu qu'après adjudication publique, la concession implique toujours un choix de la part de l'autorité concédante et ne peut en conséquence faire l'objet d'une cession valable sans consentement de cette dernière : X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 106.

⁸²² En ce sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 114. Le concessionnaire ne devrait ainsi sous aucun prétexte, sauf cas de force dûment établie, interrompre son exploitation pendant la durée de la concession.

⁸²³ Sur le pouvoir de contrôle de l'autorité concédante, Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 117-122.

⁸²⁴ M. Llorens considère ce critère davantage comme une conséquence de la qualification de concession qu'une condition de celle-ci : V. F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », op. cit., p. 27.

⁸²⁵ Sur le pouvoir de modification de l'autorité concédante, Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 122-128.

⁸²⁶ Sur la panoplie de sanctions applicables au concessionnaire, Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 82-86.

⁸²⁷ En ce sens Cf. Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 429.

moment : ce serait alors un acte de haute administration⁸²⁸. De plus, le droit de contrôle de l'administration sur le service concédé existerait même lorsque la convention ou le cahier des charges ne le prévoit pas⁸²⁹.

- 271.** Traditionnellement, l'autorité concédante est également tenue d'assurer au concessionnaire un certain nombre de droits et de prérogatives. Ainsi par exemple les prérogatives de droit public reconnues au concessionnaire pour l'établissement et l'exploitation des ouvrages concédés (prérogatives du concessionnaire sur le domaine public, prérogatives du concessionnaire sur les propriétés privées). Ainsi encore des privilèges d'exploitation du concessionnaire (clauses de privilège ou protection du concessionnaire en l'absence de privilège). Ainsi également du droit du concessionnaire d'être indemnisé en cas d'aggravation de ses charges (théorie du fait du prince, théorie de l'imprévision). Ainsi enfin du droit pour le concessionnaire d'exercer des activités accessoires et d'exploiter le service jusqu'au terme prévu par le contrat de concession⁸³⁰.
- 272.** A l'analyse, la conception classique du contrat de concession a eu pour objectif d'assurer une prééminence de l'autorité concédante, laquelle devait en toutes circonstances assurer la continuité du service d'intérêt général tout en veillant à l'équilibre financier du contrat⁸³¹. Transposée au plan international, la substance de cette conception de la concession présente sous conditions d'adaptation et de précisions des avantages pour les parties. De telles adaptations et précisions concernent pour partie les biens de la concession dont le régime classique mérite examen.

B- Le régime des biens de la concession

- 273.** Les biens qui font partie de la concession comprennent généralement des immeubles (terrains, bâtiments, installations et autres ouvrages) ainsi que des meubles (matériels, approvisionnements, outillage et autres mobiliers) qui sont tous affectés à l'exploitation du service concédé. Ces biens sont en principe soumis à un régime de droit public, car ils pourraient être rangés dans la catégorie d'ouvrages publics voire même des dépendances du domaine public (Cf. *infra* n°s 340 et s. sur la domanialité publique). En pratique, ils font l'objet d'une liste descriptive annexée au cahier des charges de la concession⁸³².
- 274.** Certains de ces biens appartiennent au concessionnaire, tandis qu'une grande partie de ceux-ci sont la propriété de l'autorité concédante. Néanmoins, pour déterminer la

⁸²⁸ En sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 111 ; *adde* dans le même sens : M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, op. cit., p. 194 ; H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, p. 413 où l'auteur affirme que la concession de service public, en raison de son objet, est soumise à un régime de droit public très affirmé qui permet à la puissance publique de conserver la maîtrise et la responsabilité éminente du service public tout en confiant l'exécution de celui-ci à une personne distincte.

⁸²⁹ P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 115 ; *adde* : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 232 où l'auteur affirme que la nature « administrative » du contrat de concession entraîne des conséquences importantes, même en cas de silence de la convention, dont notamment le droit du pouvoir concédant de modifier unilatéralement la convention en vertu de la doctrine de la « mutabilité ».

⁸³⁰ Sur l'ensemble des droits et prérogatives traditionnellement reconnus au concessionnaire, V. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 87-113.

⁸³¹ Le contrat devrait donc être conclu au moment où il apparaît qu'il existe entre les charges du service et les avantages qui doivent les compenser, une rigoureuse balance : Cf en ce sens P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 117.

⁸³² En ce sens Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 137.

propriété de chacun des biens utilisés pour la concession, il faut rechercher quelle est la destination de ce bien à la fin de la concession, suivant les termes du cahier des charges⁸³³. On distingue alors généralement trois types de biens : les biens de retour (1), les biens de reprise (2) et les biens propres (3).

1- Les biens de retour

275. Sont considérés comme des « biens de retour », ceux qui en vertu du cahier des charges⁸³⁴ doivent revenir obligatoirement à l'autorité concédante. Ces derniers sont tenus comme appartenant *ab initio* à cette autorité⁸³⁵. Dans la plupart des cas, ces biens – immeubles par nature ou par destination mais aussi quelque fois meubles – reviennent gratuitement à l'autorité concédante⁸³⁶. Cette dernière semble tirer son droit de propriété essentiellement du caractère obligatoire du retour des biens en cause⁸³⁷. Un tel caractère obligatoire ne s'applique pas aux biens dits de reprise.

2- Les biens de reprise

276. Les « biens de reprise » sont ceux qui, pendant toute la durée de la concession, sont considérés comme appartenant au concessionnaire⁸³⁸. Ils sont en principe des biens mobiliers et peuvent faire l'objet d'un retour à l'autorité concédante si celle-ci le souhaite. Pour ce faire, elle doit alors exercer la faculté de reprise prévue par le cahier des charges en sa faveur⁸³⁹. L'exercice par l'autorité concédante de cette faculté de reprise déclenche en principe le paiement d'une indemnité au profit du concessionnaire. Toutefois, la faculté de reprise peut s'exercer gratuitement⁸⁴⁰. Mais, c'est l'exercice de cette faculté de reprise qui conférerait à l'autorité concédante un droit de propriété sur ces biens⁸⁴¹. Une telle faculté ne peut être exercée en ce qui concerne les biens propres, sauf à les exproprier.

3- Les biens propres

277. Il s'agit de la catégorie résiduelle de biens qui ne sont pas considérés comme des biens de retour ou comme des biens de reprise, ni ne font partie des ouvrages de la concession, mais qui gardent une certaine utilité pour le service et facilitent l'accomplissement de sa mission par le concessionnaire⁸⁴². Ces biens propres acquis ou construits par le concessionnaire pour l'exercice d'activités indépendantes de la concession (par exemple l'outillage d'un atelier créé par le concessionnaire pour des travaux particuliers de

⁸³³ Ibid.

⁸³⁴ Selon M. Jean Dufau cependant, le droit de propriété de l'autorité concédante sur les biens exploités par le concessionnaire n'est pas exclusivement lié aux stipulations du cahier des charges car il se pourrait que dans le silence du contrat, le juge décide que le droit de retour doit porter sur toutes les installations nécessaires à la poursuite de l'exploitation à l'expiration du contrat : J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 139.

⁸³⁵ Ibid. ; *adde*: C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 170.

⁸³⁶ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, p. 170.

⁸³⁷ Selon Mme Boiteau cependant, la qualification de biens de retour est, généralement, issue de l'inventaire des biens établi par les parties lors de la conclusion du contrat : C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, p. 170.

⁸³⁸ Ibid. p. 171.

⁸³⁹ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 140.

⁸⁴⁰ Ibid.

⁸⁴¹ En ce sens Cf. C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, p. 171.

⁸⁴² Ibid. p. 172.

plomberie), sont la propriété du concessionnaire non seulement pendant toute la durée de la concession mais aussi à l'expiration du contrat de concession⁸⁴³. L'autorité concédante ne peut en revendiquer l'acquisition⁸⁴⁴. Ils peuvent néanmoins être affectés à l'exploitation du service concédé tout en restant la propriété du concessionnaire. Tel est rarement le cas en ce qui concerne les biens relevant des variantes de la concession que nous analyserons dans les lignes qui suivent.

SECTION IV : LES VARIANTES AU MODELE CONCESSIONNEL – RAPPORT ET DISTINCTION MODELE CONCESSIONNEL ET BOT

278. A côté de la concession de service public, il existe d'autres méthodes de transfert de la responsabilité de la gestion d'un tel service à un tiers – généralement une personne privée. Ces méthodes sont la plupart du temps des formes dérivées de la concession dans la mesure où les différences qu'elles présentent sont davantage économiques que juridiques⁸⁴⁵.

279. Le contrat de gérance (*management contract* dans la pratique internationale)⁸⁴⁶ fait cependant figure d'exception. Il s'agit du contrat par lequel l'exploitation du service est confiée à un opérateur privé pour le compte de la personne publique. Toutefois, la rémunération versée à cet opérateur par la personne publique n'est pas fonction du résultat financier de l'exploitation, mais au contraire forfaitaire ou plutôt liée à des facteurs étrangers à l'exploitation⁸⁴⁷. Dès lors, la jurisprudence et la doctrine françaises estiment que le contrat de gérance fait participer le gérant à l'exécution du service public, mais ne lui en confie pas la gestion, d'autant plus que sa rémunération n'est pas liée au résultat d'exploitation⁸⁴⁸.

280. Notre examen se limitera par conséquent aux trois variantes principales de transfert de la responsabilité de la gestion d'un service public à un tiers (sous-section 1). Nous verrons cependant que le BOT quoi qu'ayant des traits communs avec tous ces modes d'exécution de la commande publique, s'en distingue néanmoins par d'autres caractéristiques originales (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les variantes au modèle concessionnel

Trois variantes principales dérivent de la concession à savoir tout d'abord l'affermage (I), ensuite la régie intéressée (II) et enfin le bail emphytéotique administratif associé à une convention non détachable (III).

⁸⁴³ J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 142.

⁸⁴⁴ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, p. 172.

⁸⁴⁵ Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 349 ; *adde* : A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 364 où l'auteur affirme qu'il existe de larges éléments communs à tous ces contrats, la distinction entre ceux-ci portant essentiellement sur la question de l'équation financière.

⁸⁴⁶ En ce sens, B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 367 où l'auteur précise les avantages du *management contract*.

⁸⁴⁷ Ibid.

⁸⁴⁸ Cf. C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 61 ainsi que la jurisprudence citée par cet auteur ; *adde* : B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 367 et la jurisprudence citée par l'auteur.

I - L'affermage

281. L'affermage est un contrat par lequel une personne publique confie à un tiers, le fermier, l'exploitation d'un service public et l'entretien des ouvrages, à charge pour lui de se rémunérer sur les usagers et en contrepartie de redevances versées à la personne publiques⁸⁴⁹. Pour M. Bertrand du Marais, il s'agit d'un contrat de louage d'ouvrage associé à un contrat qui confie, contre le paiement de « fermages », la gestion du service public « aux risques et périls » de l'opérateur, ce dernier se rémunérant sur les usagers⁸⁵⁰.

282. L'affermage paraît ainsi proche de la concession⁸⁵¹, mais s'en distingue notamment par le fait que le fermier n'a pas à financer les ouvrages nécessaires à l'exploitation du service⁸⁵². Il les reçoit de la personne publique, maître d'ouvrage des équipements du service, laquelle aura presque toujours pris en charge les frais de premier établissement⁸⁵³. La remise des ouvrages par la personne publique au fermier justifie le versement par ce dernier à la première, d'une redevance généralement qualifiée de « surtaxe » (ou « part communale » ou encore « part syndicale »)⁸⁵⁴. Le versement d'une telle redevance ne semble pas être considéré comme un critère d'identification de l'affermage. En effet, trois éléments révélateurs de l'affermage ont été fixés par la jurisprudence à partir d'un arrêt *Commune d'Elancourt*⁸⁵⁵ à savoir :

- l'existence des ouvrages du service avant la date de passation du contrat ;
- le versement par le fermier, à la collectivité délégante, d'une redevance en contrepartie de la remise des ouvrages ;
- l'absence de conséquence sur la qualification d'affermage d'une clause par laquelle le fermier prenait en charge les annuités d'un emprunt en cours et s'engageait à réaliser un important programme de travaux, dès lors que la collectivité s'engageait à verser à la société une subvention égale au montant des travaux.

283. Il résulte par ailleurs de la jurisprudence précitée qu'il appartient au fermier d'entretenir les ouvrages qui lui ont été remis tandis que les travaux d'extension et de renforcement appartiennent à la personne publique (les travaux de renouvellement et de modernisation seraient quant à eux partagé entre les deux parties)⁸⁵⁶. Pour M. du Marais, l'affermage correspond au *lease* dans la pratique anglo-saxonne⁸⁵⁷. Il se distingue par ailleurs, quoique parfois avec moins de netteté, de la régie intéressée.

⁸⁴⁹ Cf. en ce sens C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 66-67 ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 365-366 ; B. Martor et S. Thouvenot « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française » in RDAI, n° 2, 2004, p. 116 ; G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 356.

⁸⁵⁰ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366 où l'auteur précise qu'en principe l'opérateur doit seulement prendre en charge les frais de fonctionnement et de maintenance du service.

⁸⁵¹ M. Orianne relève ainsi que la pratique administrative belge a connu sous le nom d'affermage un certain nombre d'opérations qui n'étaient au fond que des concessions de service public sans « travaux publics », c'est-à-dire des contrats par lesquels un particulier était chargé de l'exploitation d'un service public et se voyait confier les installations antérieurement effectuées par ou pour l'autorité concédante : Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 349.

⁸⁵² Ibid. p. 350 ; *adde* : G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 358.

⁸⁵³ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 67 ; G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 358.

⁸⁵⁴ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366.

⁸⁵⁵ CE.fr, 29 avril, 1987, Rec. CE, p. 152.

⁸⁵⁶ En ce sens, B. Martor et S. Thouvenot « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », op. cit., p. 116.

⁸⁵⁷ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366.

II- La régie intéressée

284. La régie intéressée est un contrat par lequel la personne publique confie la gestion d'un service public à un régisseur qui agit pour son compte et reçoit d'elle une rémunération indexée sur les résultats du service⁸⁵⁸. La rémunération semble ainsi une des caractéristiques essentielles de la régie intéressée⁸⁵⁹. Pour M. du Marais, la rémunération du régisseur n'est pas, au moins à titre principal, fonction du résultat d'exploitation⁸⁶⁰. En effet, la personne publique verserait au régisseur une rémunération composée d'une part fixe et d'une part variable⁸⁶¹, cette dernière part étant fonction du chiffre d'affaires réalisé, éventuellement accompagnée d'une prime de productivité⁸⁶² et d'un intéressement sur le bénéfice⁸⁶³. Cette dernière hypothèse correspondrait selon l'auteur à la pratique anglo-saxonne de *performance contract*⁸⁶⁴.

285. A propos du mode de rémunération du régisseur, certains auteurs affirment que quelques soient les résultats, perte ou profit de l'exploitation, le régisseur est payé par la personne publique et non par les usagers, car en toute hypothèse les sommes prélevées par le régisseur sur les usagers sont reversées dans leur totalité à la personne publique⁸⁶⁵. En pratique, le régisseur assure l'exploitation du service, effectue des opérations de recettes et de dépenses pour le compte de la personne publique et perçoit une rémunération inscrite en dépenses dans le budget de la collectivité⁸⁶⁶.

286. Une difficulté de qualification peut cependant survenir au sujet de la régie intéressée, en raison notamment du fait que la rémunération du régisseur est constituée d'une partie fixe et d'une partie variable. En effet, l'importance de cette variation joue sur la qualification du contrat lui-même puisque la rémunération du régisseur doit en principe être substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation⁸⁶⁷. Or, il ne paraît pas avoir dans cette opération une relation financière directe entre l'utilisateur et le régisseur. Ce dernier n'en assumerait pas moins une part substantielle des risques inhérents à l'exploitation⁸⁶⁸, ceux-ci pouvant être par ailleurs déduits de la possibilité d'imputer au

⁸⁵⁸ Cf. B. Martor et S. Thouvenot « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », op. cit., p. 116.

⁸⁵⁹ Ibid. ; *adde* : A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », in AJDA, avril 2003, chron. P. 828.

⁸⁶⁰ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366.

⁸⁶¹ Cette variabilité est fonction d'éléments sur lesquels le régisseur peut avoir une certaine action, à l'exclusion de ceux qui échappent à son action : Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 352.

⁸⁶² Cette prime de productivité peut elle-même être fonction de l'évolution de grandeurs physiques voire de réalisation d'objectifs quantitatifs ou de critères de performance.

⁸⁶³ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366.

⁸⁶⁴ Ibid.

⁸⁶⁵ A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », op. cit., p. 829.

⁸⁶⁶ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 69 où l'auteur précise que les comptes de la régie intéressée doivent être retracés dans ceux de la collectivité et ce de deux manières : soit, l'ensemble des charges et des produits du service est retracé, soit le solde seul entre les recettes et les charges, imputables à la collectivité, est retranscrit. Les impôts et taxes restent à la charge du régisseur ; *adde* : A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », p. 829.

⁸⁶⁷ En ce sens, Cf. A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », op. cit., p. 829.

⁸⁶⁸ En ce sens, B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 366 ; C. Boiteau, op. cit., p. 70 où l'auteur affirme que les risques assumés par le régisseur intéressé ne sont pas nuls car d'une part, sa

régisseur le coût final de l'exploitation⁸⁶⁹. Pour ce qui est en outre des travaux, le régisseur n'assume, en principe, que la charge des travaux de petit entretien, la collectivité prenant en charge aussi bien les travaux de premier établissement que les travaux de renouvellement ou de gros entretien⁸⁷⁰. La situation nous paraît cependant inversée dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif.

III- Le bail emphytéotique administratif associé à une convention non détachable

287. Le bail emphytéotique administratif (ci-après BEA) a été institué en France au profit des seules collectivités locales et de leurs établissements publics. Il est prévu aux articles L. 1311-2 et suivants du Code général des collectivités territoriales et a été conçu par la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 portant réforme de la décentralisation. Le BEA s'inspirerait d'un mécanisme de droit rural, en vertu duquel une personne prend à bail un bien, très souvent un terrain nu, afin d'y édifier une construction ou d'aménager des installations qu'elle exploite, pendant la durée du bail, moyennant une redevance versée au propriétaire auquel sont restitués les biens en fin de contrat⁸⁷¹. Pour M. Bertrand du Marais, il s'agit d'un contrat par lequel la collectivité confie la construction ou l'amélioration d'un ouvrage sur le domaine public à une personne privée, éventuellement une société d'économie mixte locale, en vue de l'exécution d'une mission de service public ou de la réalisation d'une opération d'intérêt général⁸⁷².

288. En droit belge, ce contrat s'apparente à un marché de promotion immobilière⁸⁷³. En effet, aux termes de l'article 9 de la loi du 24 décembre 1993, déjà citée, un marché public de travaux ou de fournitures peut être passé sous la forme d'une promotion⁸⁷⁴. Est considéré comme marché de promotion, le marché public de travaux ou de fournitures qui

rémunération est indexée sur le chiffre d'affaires réalisé – ce qui tendrait à responsabiliser le régisseur – et, d'autre part, à la rémunération de ce dernier, s'ajouterait des primes de gestion variables dans leur montant, en fonction des paramètres prévus au contrat – ce qui tendrait par ailleurs à démontrer que l'aléa financier n'est pas absent de ce type de contrat. *Contra* : B. Martor et S. Thouvenot « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », op. cit., p. 117 où les auteurs affirment que contrairement à la concession et à l'affermage, le régisseur n'assume pas la gestion du service à ses risques et périls.

⁸⁶⁹ A. Sevino et A. Gauthier, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », op. cit., p. 831 où ces auteurs affirment que c'est par une analyse financière du contrat que l'on peut constater s'il existe effectivement un risque pour l'exploitant et ainsi observer que sa rémunération dépend de la performance – de la qualité de la gestion – de celui-ci.

⁸⁷⁰ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 70 qui précise que les équipements sont la propriété de la collectivité. Toutefois, si des travaux étaient accomplis par le régisseur, à ses frais, sur des équipements dont il a la charge, il serait en droit de les amortir dans ses comptes.

⁸⁷¹ C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 71.

⁸⁷² B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 370.

⁸⁷³ Pour une étude approfondie de ce contrat, Cf. F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009 ; D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 40 et s.

⁸⁷⁴ Cet article énumère en outre les trois conditions primordiales en matière de promotion à savoir : la fixation des garanties contractuelles (garantie de financement, cautionnement...), l'obligation pour le promoteur d'assurer entièrement les responsabilités qui incombent à l'entrepreneur et enfin l'obligation pour le promoteur, selon qu'il exécute personnellement les travaux ou non, soit de satisfaire lui-même aux obligations de la législation portant sur l'agrégation d'entreprises de travaux, soit d'avoir recours à des entrepreneurs y satisfaisant.

porte à la fois sur le financement et l'exécution des travaux ou de fournitures ainsi que, le cas échéant, sur l'étude de ceux-ci ou sur toute prestation de services relative à ceux-ci⁸⁷⁵.

289. Le BEA paraît avoir été conçu en vue d'assurer au preneur des garanties suffisantes (droits réels susceptibles d'hypothèques). En effet, l'investisseur privé dispose d'un véritable droit réel sur le bien, pendant toute la durée du contrat (entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans) et peut par conséquent consentir une hypothèque, transmissible avec l'accord du bailleur public, pour le financement de l'opération elle-même⁸⁷⁶. Le BEA constitue dès lors une dérogation aux règles de la domanialité publique, lesquelles excluent en principe la constitution de droits réels sur le domaine public⁸⁷⁷. La conclusion d'un tel bail doit par conséquent respecter des conditions strictes dont notamment les suivantes⁸⁷⁸ :

- le bailleur doit être une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public relevant de l'une de ces collectivités ;
- le preneur doit être une personne privée ;
- le bail doit avoir pour objet l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence.

290. Notons que le BEA s'analyserait en un simple mode d'occupation et de valorisation du domaine public s'il ne portait pas en outre sur une mission d'intérêt général⁸⁷⁹. Il s'accompagne donc généralement d'une convention d'exploitation lorsqu'est en cause la gestion du service public, convention sans laquelle le bail ne saurait être conclu, d'où la dénomination de convention « non détachable »⁸⁸⁰. Si l'idée de service public et l'association d'une personne privée à l'exercice d'un tel service sont également présentes dans l'opération de BOT, à l'instar de la concession et des contrats voisins sus-analysés, une telle opération présente néanmoins des caractéristiques originales tant dans sa conception, sa structuration que dans sa mise en œuvre, ce qui en fait un mécanisme original de coopération entre l'Etat et les personnes privées.

Sous-section 2 : Rapport et distinction entre modèle concessif et BOT

291. Après avoir analysé le modèle concessif, il apparaît que celui-ci présente certains points communs avec le BOT (I). Néanmoins, ces deux techniques se distinguent sur des aspects fondamentaux, ceux même qui confèrent son originalité au BOT (II).

⁸⁷⁵ V. en ce sens, D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 40 ; F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburg, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 115 et 336-338.

⁸⁷⁶ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 370.

⁸⁷⁷ C. Boiteau, op. cit., p. 71-72.

⁸⁷⁸ Pour l'ensemble des conditions ainsi que les règles de passation propres à ce contrat, Cf. B. Martor et S. Thouvenot « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », op. cit., p. 119-121.

⁸⁷⁹ En ce sens, B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 371.

⁸⁸⁰ Dans le même sens, C. Boiteau, op. cit., p. 72 où l'auteur précise que le contrat ne sera qualifié comme transférant la gestion d'un service public que si le preneur est substantiellement rémunéré par les résultats d'exploitation du service public qu'il gère.

I- Les points communs entre modèle concessif et BOT

292. On observe que dans le cadre de la mise en œuvre du modèle concessif, les relations des partenaires doivent être d'égalité, de confiance et de permanente négociation car le temps perturbe bien souvent les prévisions initiales⁸⁸¹. Ceci requiert un dialogue préalable entre le concédant et le candidat concessionnaire et, par la suite, l'instauration entre les parties d'un véritable esprit de partenariat. Un auteur en déduit que le choix du prestataire ressemble plus à celui d'un collaborateur permanent qu'à un éphémère prestataire⁸⁸². C'est aussi de collaboration permanente qu'il est question dans une opération de BOT, ce qui rapproche ces deux procédés. Il existe bien d'autres points communs entre le modèle concessif et le BOT. Nous en présenterons cependant les deux principaux à savoir d'une part, le recours à une personne privée ou au secteur privé (A) ainsi qu'un transfert à l'opérateur privé du risque du projet (B).

A- Le recours à une personne privée ou au secteur privé

293. Le recours au secteur privé est justifié par de nombreuses considérations dont notamment les facteurs techniques, économiques et financiers. Ainsi, tant dans le modèle concessif que dans le cadre du BOT, une entreprise privée exploite et parfois finance l'actif public pendant la durée du contrat, l'Etat en reprenant le contrôle en fin de contrat. Par conséquent, les avantages nets d'un projet sont généralement envisagés dans la perspective de son cycle total de vie⁸⁸³.

294. Sur le plan commercial et technique, ces deux procédés sont susceptibles de permettre, à chaque fois que l'autorité intéressée ne sera pas à mesure d'apprécier elle-même les possibilités futures d'un projet, de résoudre les problèmes d'organisation et de mise œuvre de celui-ci. Ces procédés permettent également de faire profiter dans une certaine mesure l'autorité publique, et partant la collectivité, des avantages de la concurrence à travers le processus de sélection du partenaire privé et, bien souvent, à l'expiration du contrat lorsque l'autorité entend renouveler ce dernier. En résumé, ces deux procédés sont globalement considérés comme permettant une rationalisation des méthodes de gestion de l'économie⁸⁸⁴.

295. D'un point de vue politique – mais aussi juridique – le modèle concessif tout comme le BOT permettent de concilier les prérogatives que l'autorité publique entend exercer, à l'égard d'une activité ou d'une branche d'activités déterminées, avec les intérêts légitimes des exploitants privés. Les intérêts de l'exploitant privé, et particulièrement sa rémunération, paraissent d'autant plus légitimes que celui-ci supporte en principe un certain nombre de risques.

⁸⁸¹ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 241.

⁸⁸² X. Bezançon, op. cit., p. 241.

⁸⁸³ En ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p.23-24.

⁸⁸⁴ Cf. en ce sens, C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 97.

B- Le transfert du risque à l'opérateur privé – Renvoi

296. Le transfert du risque à l'opérateur privé est bien souvent commandé par un souci d'optimisation. Les modalités du transfert de risque sont néanmoins différentes dans chacun des cas. On relève ainsi que le concept classique d'exploitation aux risques et périls du concessionnaire ne peut plus s'appliquer intégralement et qu'il faudrait prévoir l'intervention directe du concédant pour maintenir l'exploitation au nom de la continuité du service public⁸⁸⁵. Pour M. Pierre Faisandier en effet, on entend par « les risques et périls » de l'entreprise le fait que cette dernière doit assurer toutes les conséquences de sa gestion, qu'elle soit bénéficiaire ou déficitaire⁸⁸⁶. La question du risque et notamment de son traitement constitue donc également un des traits qui distinguent les deux procédés.

II- Traits distinctifs entre modèle concessif et BOT

297. Si le transfert de risque constitue un point commun entre le modèle concessif et le BOT, il n'en constitue pas moins également un trait distinctif de ces deux méthodes notamment quant à la manière dont il est réparti entre parties (A). Un autre trait distinctif significatif est relatif à la rentabilité du projet, laquelle détermine la rémunération et surtout le mode de rémunération de l'opérateur privé (B).

A- Une répartition des risques en règle optimale dans le cadre du BOT – Renvoi

298. Bien que les deux méthodes impliquent un transfert de risque à l'opérateur privé, un tel transfert ne fait pas toujours l'objet d'un traitement et une d'une répartition qui se veulent rationnels et optimaux. Il est ainsi classique d'affirmer que le concessionnaire exploite le service ou l'ouvrage à ses risques et périls, faisant siens les bénéfices comme les pertes. La concession s'appuie en effet, sur le plan financier, à un équilibre théorique entre les avantages et les charges du concessionnaire, même s'il est généralement admis que cet équilibre théorique est en quelque sorte *garanti* au concessionnaire⁸⁸⁷. Par ailleurs, on a souvent reproché à la concession d'obliger l'autorité concédante à consentir au concessionnaire, en principe pour une longue période, des avantages susceptibles de compenser les risques et les charges de l'entreprise, qu'il peut lui être difficile de déterminer à l'avance⁸⁸⁸. C'est pour cette raison que la répartition du risque se doit d'être optimale dans une opération de BOT, une telle répartition s'appuyant sur les principes que nous analyserons *infra* (Cf. n^{os} 673 et s.).

⁸⁸⁵ En ce sens Cf. H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, op. cit., p. 428.

⁸⁸⁶ P. Faisandier, « Concession et notion de risque » (Fasc. 530), Dr. administratif, oct. 1992, p. 1. Pour cet auteur, le risque n'existe en réalité que pour les seules personnes privées, lesquelles doivent se garder de tout déficit prolongé et sont par conséquent en quelque sorte « condamnées à faire des profits » (expressions soulignées par l'auteur). L'auteur estime ensuite que, dans la mesure où le profit représente la différence entre les recettes et les dépenses, le risque doit être analysé à travers les moyens dont dispose l'entreprise pour agir sur chacun de ces deux termes.

⁸⁸⁷ Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 117 (soulignement de l'auteur qui précise cet équilibre est conçu de telle sorte que si le contenu des plateaux de la balance – les charges et le profit – peut être modifié unilatéralement, le fléau de la balance doit, quant à lui, toujours indiquer le même point).

⁸⁸⁸ En ce sens Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 90.

B- Une exigence accrue de rentabilité dans le cadre du BOT – Renvoi

299. Nous verrons que l'exigence de rentabilité est accrue dans le cadre de projets BOT (Cf. *infra* n^{os} 726 et s.), même si de tels projets sont dans leur grande majorité à recours limité « *limited recourse* » – c'est-à-dire qu'il peut arriver que la personne publique intervienne dans le financement du projet, soit en accordant des garanties, soit encore en accordant des subventions⁸⁸⁹. En raison de cette exigence accrue de rentabilité dans le cadre du BOT, un auteur a cru devoir affirmer que la concession, avant d'être un contrat, constitue un mode de gestion du service public, lequel ne peut s'aligner purement et simplement sur une logique économique qui, en vigueur dans l'entreprise privée de type congloméral, est conditionnée par la seule rentabilité des capitaux à court terme⁸⁹⁰. A ceci, d'autres auteurs répondent que l'analyse du montage financier lors de l'octroi de la concession est nécessaire dans la mesure où le critère financier est un élément important, voire même déterminant, dans le choix du concessionnaire⁸⁹¹. Par ailleurs, d'autres ont fait remarquer à propos du service public que celui-ci n'invite pas systématiquement à une analyse des déficits et des bilans négatifs des finances des organismes qui gèrent des activités d'intérêt général, dans la mesure où il n'existe pas d'équation absolue entre service public et déficit financier⁸⁹².

300. De surcroît, l'intérêt général peut aussi se traduire dans un motif financier comme a pu l'établir même la jurisprudence⁸⁹³ et la doctrine⁸⁹⁴ françaises. Il nous appartient au demeurant de démontrer que logique économique et intérêt général ne sont pas toujours antinomiques. C'est précisément le but du BOT de concilier ces deux objectifs par ailleurs légitimes, la recherche d'une meilleure rentabilité pour les services publics ou d'un financement optimal pour les équipements publics faisant partie de l'intérêt général bien compris. Quoiqu'il en soit, il existe beaucoup de chevauchements et de problèmes communs entre ces deux méthodes de prestations de service, car celles-ci mettent essentiellement aux prises des personnes publiques et privées dans le but de satisfaire un besoin d'intérêt général ou de réaliser un bien d'intérêt collectif. C'est pour cette raison essentiellement que l'on observe dans l'approche classique du BOT une prééminence des concepts et pratiques de droit public.

⁸⁸⁹ Le système de la concession à péages virtuels (*Shadow Tolls*) permet à l'autorité publique de participer au financement même d'une infrastructure. Ce système permet en effet à l'exploitant de percevoir, en fonction du trafic enregistré sur l'infrastructure et mesuré par des bornes de comptages, un droit de péage pour l'utilisation de ladite infrastructure. Ce péage n'est cependant perçu auprès des utilisateurs directs de l'infrastructure, au contraire de la concession classique, mais auprès des collectivités publiques ou du concédant.

⁸⁹⁰ H. Courivaud, « La concession de service public 'à la française' confrontée au droit européen », in RIDE, 2004, op. cit., p. 428. Nous verrons au chapitre II *infra* que la pratique de la PFI a permis le développement, au Royaume-Uni, de fonds d'investissements spécialisés dans les infrastructures dont on ne peut envisager que leur motivation soit une rentabilité à court terme.

⁸⁹¹ Cf. en ce sens, P. Lignières et M. Ben Slama, « Octroi des concessions : risques juridiques du montage financier » in Droit administratif, Editions du Juris-Classeur, août-septembre 2002, p. 35.

⁸⁹² En ce sens, Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 70.

⁸⁹³ Il a ainsi été admis que l'autorité publique puisse, au titre de motifs d'intérêt général, résilier un contrat de délégation en raison du refus de l'occupant de verser une redevance plus élevée : Cf. CE.fr, 23 juin 1986, *Thomas*, Rec. CE, p. 167.

⁸⁹⁴ Cf. en ce sens, S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGJD, 2001, p. 11 où l'auteur précise que la recherche de la rentabilité des activités publiques constitue un impératif financier pour l'Etat car il doit faire face à une situation financière telle qu'elle rend une augmentation importante des prélèvements obligatoires impossible ; *adde* : C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, op. cit., p. 205.

301. L'approche juridique classique du BOT telle qu'elle vient d'être appréhendée à travers le modèle concessif, traduit une organisation, une interprétation et des grilles de lecture de la réalité juridique qui se veulent protectrices de certains intérêts. En effet, cette approche classique est marquée par un certain nombre de concepts et de pratiques de droit public tendant à mettre l'accent sur la personne publique – voire sur ses prérogatives. Il paraît difficile, en effet, lorsque l'on fait référence à la commande publique de ne pas avoir à l'esprit les notions de service public (Section I), de propriété publique (Section II) ainsi que les règles et les principes du droit budgétaire et comptable publics (Section III). Si ces concepts et pratiques peuvent permettre de comprendre la logique de l'approche juridique classique du BOT, ils semblent *a contrario* présenter pour ce type d'opérations certaines rigidités et inadaptations. A l'inverse, une pratique publique relativement récente à savoir la *Private finance initiative* (ci-après PFI) semble traduire le souci de souplesse et de pragmatisme nécessaires à la gestion publique contemporaine. Il conviendra alors de s'interroger sur le point de savoir si cette PFI pourrait constituer le nouveau paradigme en matière de gestion publique (Section IV).

SECTION I : LE SERVICE PUBLIC

Nous présenterons tout d'abord la notion et le régime classiques du service public (sous-section 1) avant d'analyser la tendance – actuelle et nécessaire – vers le dépassement de la conception classique du service public (sous-section 2).

Sous-section 1 : Notion et régime classiques du service public

302. Comme le fait remarquer le Professeur Chevallier, l'expression service public est en France et dans un certain nombre de pays européens, dont la Belgique⁸⁹⁵, surchargée d'un ensemble de significations (institutionnelle, juridique, idéologique), qui lui donnent une coloration très spécifique⁸⁹⁶. Selon cet auteur par ailleurs, le service public apparaît comme une réalité fort ancienne, aussi ancienne que l'histoire des sociétés⁸⁹⁷ de sorte que la notion ne peut mieux se comprendre que par son cheminement historique⁸⁹⁸. Il s'impose par conséquent de revenir brièvement sur la naissance et l'évolution du concept de service public (I) avant d'évoquer la question de sa définition et d'en présenter le régime (II).

I- Naissance et évolution du concept de service public

303. Selon M. Xavier Bezançon, la notion de service public naît de manière dissociée dans deux concepts nouveaux du Moyen Age à savoir, la nécessité publique et le commun

⁸⁹⁵ Pour M. Orianne, si l'on peut prétendre que, bien avant que la doctrine lui ait consacré ses travaux, la notion de service public avait acquis droit de cité en Belgique, on le doit sans aucun doute à la jurisprudence en matière de concession : P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 17.

⁸⁹⁶ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public » in, *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 15. Pour une étude approfondie et comparée de la notion de service public Cf. le numéro spécial de l'AJDA du 20 juin 1997 intitulé : « Le service public : unité et diversité ».

⁸⁹⁷ Ibid.

⁸⁹⁸ En ce sens, A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1997, p. 14.

profit⁸⁹⁹. L'expression « service public » serait apparue expressément dans un édit de 1635 qui réorganise les droits de roulage par eau et par terre (à la fois les transports publics et la poste) dans tout le royaume de France⁹⁰⁰. La notion de service public sera ensuite de plus en plus présente dans les actes juridiques de la royauté, l'expression remplaçant le mot « *commun profit* » du Moyen Âge⁹⁰¹.

304. Alors qu'elle était autrefois confondue avec les actes de gestion du monarque dans l'intérêt du domaine⁹⁰², la notion de service public s'est insensiblement dégagée de l'exercice de l'autorité réglementaire⁹⁰³. Néanmoins, le champ d'intervention du pouvoir royal s'étant développé au fur et à mesure des activités contrôlées, la notion de service public s'est alors associée à la nécessité d'une organisation collective dans des domaines vitaux, essentiels pour la vie en collectivité⁹⁰⁴. Les services publics véritables dateraient en réalité du XVII^{ème} siècle et concernaient principalement le domaine des infrastructures⁹⁰⁵. Pour certains auteurs cependant, le concept de service public tel que connu de nos jours n'acquiert de sens politique et juridique qu'à la libération, à partir de 1945, quand la connaissance des besoins collectifs rejoint la conscience de l'intérêt général⁹⁰⁶.

305. En droit belge, la notion de service public semble avoir pénétré la doctrine et la jurisprudence assez tard et ne diffère que très peu de la conception française⁹⁰⁷. Toujours est-il que le Professeur Chevallier relève qu'au cours du XX^{ème} siècle, l'organisation des fonctions collectives recouvrait des sphères toujours plus étendues de la vie sociale, plus particulièrement avec l'avènement de l'Etat-providence⁹⁰⁸. La logique de l'Etat-

⁸⁹⁹ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 305-306 où l'auteur précise que « *Necessitas Publica* » et « *commun Proufit* » sont les bases de la justification de très nombreux actes municipaux et royaux.

⁹⁰⁰ Ibid. p. 317. *Contra* cependant, G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 15 où ces auteurs affirment que l'expression de « service public » n'apparaît guère dans les textes juridiques antérieurs à la révolution française.

⁹⁰¹ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 318 où l'auteur précise que l'expression sera reprise à de nombreuses occasions : en 1638 dans un texte sur les transports, dans une publicité de 1777 pour la Compagnie des eaux des frères Périer, etc. Un autre auteur révèle qu'au Moyen Âge, la notion de service public sous-tend le fonctionnement des banalités, c'est-à-dire les moulins, les fours, les pressoirs, propriétés du seigneur que les serfs et vilains de la seigneurie ont l'obligation d'utiliser en contrepartie d'une redevance, mais qui doivent être ouvertes à tous et entretenues de telle sorte qu'elles fonctionnent sans interruption : J.-L. Mestre, « Les racines seigneuriales du droit administratif français », in *Annuaire européen d'histoire de l'Administration publique*, n° 4, 1981, p. 783 cité par R. Le Mestre, *Droit du service public*, Paris, Gualino éditeur, 2005, p. 23.

⁹⁰² On remarque ainsi que la caractéristique majeure à l'époque féodale consiste en une conception patrimoniale du pouvoir : la distinction entre utilité publique et utilité privée étant tenue, l'intérêt du monarque se trouve assimilé à l'intérêt public : Cf. en ce sens G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 18.

⁹⁰³ C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 21.

⁹⁰⁴ Ibid.

⁹⁰⁵ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 306.

⁹⁰⁶ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 13 qui précise que le service public serait incontestablement une notion qui sert la reconstruction politique de la conscience nationale et collective ; *adde* : R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 23 pour qui le service public ne devient véritablement un élément d'étude pour les juristes français qu'au début du XX^{ème} siècle.

⁹⁰⁷ En ce sens, Cf. P. Orienne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 64. C'est M. Buttgenbach qui aurait, le premier, systématisé en doctrine la notion de service public, se ralliant à la doctrine française classique dans la définition de cette notion.

⁹⁰⁸ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 15 ; *adde* dans le même sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 24. Ceci s'expliquerait par le fait que l'Etat-gendarme tel qu'il est

providence aurait ainsi conduit, en Europe notamment, à la mise en place d'un service public fort, chargé de mettre un certain nombre de biens essentiels (sociaux, culturels, économiques) à la portée de tous, une telle mission étant par ailleurs soustraite au jeu des mécanismes du marché⁹⁰⁹.

306. Cette conception du service public sous l'Etat-providence s'appuie sur la conviction que la voie vers plus de liberté, d'égalité et de justice passe par l'Etat et suppose alors le renforcement et le maintien d'un service public fort. La crise de l'Etat-providence a cependant porté un coup sévère à cette conception du service public et la remise en cause du rôle de l'Etat paraît avoir été globale : crise de l'Etat-providence en occident, implosion du socialisme à l'Est, ajustement structurel au Sud⁹¹⁰. Tous ces mouvements ont conduit à une réévaluation du rôle de l'Etat dans la société ainsi qu'à une redéfinition de sa sphère d'activités⁹¹¹. Le service public s'en est trouvé par conséquent profondément transformé⁹¹². Il convient dès lors de tenter d'appréhender ce concept tel qu'il résulte de ces transformations.

II- Définition et régime juridique du service public

307. Le concept de service public semble difficile à appréhender, ce qui pose la question de sa définition (A). Néanmoins, ce concept entendu dans son sens classique a presque toujours entraîné l'application de règles juridiques dérogatoires au droit commun, c'est-à-dire un régime spécifique (B).

A- La question de la définition du service public

308. Le concept de service public semble de prime abord poser une question d'ordre sémantique, ce qui conduit à s'interroger sur le point de savoir si cette expression ne renvoie pas à un contexte spécifiquement européen⁹¹³ voire français. Ainsi, la doctrine relève d'emblée les distances prises par les instances de l'Union européenne vis-à-vis de cette expression jugée trop connotée, celles-ci lui préférant les expressions « service d'intérêt économique général », « service universel » ou encore « service d'intérêt général »⁹¹⁴. Un auteur souligne d'ailleurs que l'unanimité s'est faite sur l'absence de signification précise de la notion de service public⁹¹⁵.

issu de la pensée de 1789 n'était pas conçu pour produire des services – mais la liberté – et ne le faisait qu'accessoirement et de manière conjoncturelle : A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 25.

⁹⁰⁹ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 16.

⁹¹⁰ Ibid. p. 15.

⁹¹¹ En ce sens, J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 15.

⁹¹² Sur ces transformations en droit français notamment, Cf. J. Chevallier, « Regards sur une évolution », in AJDA, n° spécial 20 juin 1997, p. 8-15.

⁹¹³ Pour un survol comparé de la place et du rôle de la notion de service public dans les systèmes juridiques de certains Etats membres de l'Union européenne, Cf. R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 81-95.

⁹¹⁴ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 15. Pour une synthèse de la confrontation entre la conception française du service public et le droit communautaire, Cf. R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 60-76 ; *adde* pour un examen approfondi des rapports que cette notion entretient avec le droit européen : R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions* – Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, Paris, La Documentation française, 1998.

⁹¹⁵ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 11 où l'auteur précise que si l'expression est employée tantôt au singulier, tantôt au pluriel, c'est qu'un doute subsiste sur la consistance exacte de ce dont on parle.

309. Traditionnellement, le service public a été défini comme « Toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et à l'accomplissement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée que par l'intervention de la force gouvernante »⁹¹⁶. M. Renan Le Mestre se réfère quant à lui à la « mission de service public » et dès lors : « *constitue une mission de service public toute activité d'intérêt général, prise en charge par une personne publique, et soumise à un régime juridique exorbitant* »⁹¹⁷. Selon M. Bertrand du Marais, le service public est une « *activité d'intérêt général, soumise à un régime juridique particulier et exercée sous le contrôle de la puissance publique* »⁹¹⁸.

310. Le Professeur Paul Orianne, se référant à M. Buttgenbach, affirme que si l'on pose en principe que l'activité étatique, dans ses manifestations les plus variées, répond à quelques critères essentiels et si l'on admet qu'une telle activité est toute entière dominée par les nécessités de l'intérêt public de sorte que tous doivent être admis à en éprouver les bienfaits, on doit nécessairement se référer à une notion – dont il faut ensuite faire une théorie – celle du service public⁹¹⁹. Pour d'autres auteurs, la notion de service public est complexe, cette complexité relevant tant de sa nature même que du fait de la diversité des raisons de son émergence⁹²⁰. Pour ces derniers, les raisons, notamment d'ordre historique, qui ont fait émerger la notion de service public font que celle-ci est en constante recomposition⁹²¹.

311. Dès lors que le service public constituerait une notion essentiellement dynamique dont la jurisprudence admet qu'il soit identifié par une variété de critères ou de faisceau d'indices⁹²². Pour le Professeur Chevallier cependant, l'expression service public évoque une réalité plus simple et plus banale, soit l'existence dans toute société d'un ensemble d'activités considérées comme étant d'intérêt commun et devant être à ce titre prises en charge par la collectivité, c'est-à-dire d'une sphère de *fonctions collectives*⁹²³. Cette

⁹¹⁶ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 1928, p. 61, cité par B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 75.

⁹¹⁷ R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 127. Pour une analyse détaillée des critères de cette définition Cf. p. 127-157.

⁹¹⁸ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 79.

⁹¹⁹ P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 66.

⁹²⁰ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 59.

⁹²¹ Ibid. Ces auteurs relèvent que la notion de service public n'est pas statique. Elle évoluerait par conséquent au gré de la conception que se font les pouvoirs publics de leur rôle face à la société civile ; elle se transformerait au vu des variations que connaissent les relations entre les pouvoirs publics et la société civile, entre l'administration et les administrés, entre l'administration et le public ; *adde* : P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. 288 où cet auteur relève le caractère éminemment évolutif du service public ; A. Buzelay, « Du monopole d'Etat à la dérégulation communautaire : évolution de la gestion du service public », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 151-161.

⁹²² Pour une présentation détaillée du développement jurisprudentiel de la notion de service public, Cf. X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., p. 398 et s ; *adde* : L. Pascal, « Les apports de la Commission européenne et de la Cour de justice des communautés européennes à l'identification des activités de service public », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 103 et s.

⁹²³ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 15 (l'auteur souligne dans le texte). Selon M. Tueno, le désengagement progressif des Etats de l'économie a entraîné la libéralisation et même la banalisation de la notion de service public et ce, jusque dans les monopoles de l'Etat-providence. Selon l'auteur par conséquent, l'inversion des rapports de force, au détriment du secteur public, dans les Etats contemporains appelle une révision des concepts et pratiques juridiques désuets ou en déphasage avec les réalités du monde

sphère, quoique pouvant être conçue de manière variable, n'en demeure pas moins indispensable à la constitution et à la survie des groupes sociaux⁹²⁴. Ainsi entendu, le service public a traditionnellement été soumis à un régime spécifique.

B- Le régime du service public

312. La nature particulière des fins assignées au service public implique l'application à celui-ci de règles de gestion différentes. Telle est la caractéristique essentielle de la conception française du service public⁹²⁵ : en présence d'un service public, un régime juridique spécifique déroge au droit commun s'applique⁹²⁶. On fait remarquer de plus qu'un tel régime spécifique a été admis tant dans la réglementation que dans la jurisprudence de l'Union européenne⁹²⁷. Ce régime déroge au droit commun est formé par un noyau dur, commun à l'ensemble des services publics⁹²⁸, et cristallisé autour de trois grands principes ou « lois du service public »⁹²⁹ (1). A côté de ces « lois du service public », la doctrine et la pratique ont dégagé d'autres prescriptions qui, quoiqu'essentielles, demeurent des précisions et des compléments aux trois premiers principes (2).

1- Les « lois du service public »

313. La présentation des trois principes classiques du service public dépend simplement des modes de raisonnement doctrinal, car il n'existe aucune hiérarchie fonctionnelle entre ces trois règles. Notre présentation sera par conséquent assez aléatoire et débutera par le principe d'égalité (a), puis suivra le principe de continuité (b) et enfin nous terminerons par le principe de mutabilité (c).

actuel : Cf. Dr. Sango Tueno Mounomgwi, « Lettre catholique et dialectique aux élites africaines », in La Nouvelle Expression (Journal quotidien camerounais), 2004.

⁹²⁴ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 15.

⁹²⁵ Sur cette conception Cf. H. Oberdorff, « Signification de la notion de « service public à la française » », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 89-102 ; *adde* : R. Prud'homme, « L'offre de services publics marchands : les deux modèles français », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 191-206.

⁹²⁶ En ce sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 352.

⁹²⁷ Cf. notamment la Directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux (modifiée par la Directive 2002/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative à la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté) qui énumère un certain nombre de principes généraux du service universel à savoir : l'accessibilité, l'égalité, la neutralité, la confidentialité, la continuité et l'adaptabilité. Par ailleurs la Cour de Justice a qualifié, dans un arrêt *Commune d'Almelo* du 27 avril 1994, de service d'intérêt économique général l'activité d'une entreprise néerlandaise devant « assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des objectifs applicables à tous les clients » (Cf. point 48 de l'arrêt).

⁹²⁸ On estime alors que tout gestionnaire (public comme privé) de service public (administratif comme industriel ou commercial) doit respecter un certain nombre de règles spécifiques de fonctionnement, inspirées par la nécessité d'assurer la satisfaction de l'intérêt général et les besoins de la population, règles qui engendrent tant à l'égard de la personne publique créatrice que du gestionnaire du service un ensemble de privilèges et d'obligations qui font la spécificité et le caractère exorbitant du régime du service public : R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 152.

⁹²⁹ Elles sont également dites « lois de Rolland », du nom de Louis Rolland qui, le premier, les a théorisées en 1934 dans son *Cours polycopié de DES de droit administratif* (Les cours de droit, 1934).

a- Le principe d'égalité

314. La doctrine relève que le principe d'égalité n'est ni un principe propre au service public, ni un principe absolu dès lors qu'il est toujours situé par rapport à un objet donné⁹³⁰. Ce principe s'entend comme signifiant égalité devant le service public et égalité dans le service public.

315. L'égalité devant le service public signifie que les usagers du service public considéré sont tous soumis à un même régime juridique – malgré les nuances qui peuvent y être apportées pour tenir compte des situations particulières, car l'égalité de traitement juridique ne semble pouvoir être conçue que dans le cadre de situations similaires⁹³¹. L'égalité se traduira ici par l'accès au service public⁹³², étant entendu que la question de l'accès au service renvoie aux difficultés de la tarification et du financement du service public. L'égalité dans le service public signifie quant à elle que les usagers qui remplissent les mêmes conditions ont droit aux mêmes prestations : il s'agit en réalité de l'égalité de traitement des usagers du service⁹³³. Le principe d'égalité semble par ailleurs devoir s'appliquer tant aux personnels qu'aux fournisseurs du service public⁹³⁴. L'une et l'autre de ces dernières catégories participent au demeurant à la continuité du service public.

b- Le principe de continuité

316. Aux yeux de certains auteurs, la continuité est considérée comme étant de l'essence même du service public⁹³⁵. Elevé au rang de principe à valeur constitutionnelle et considéré par ailleurs comme un principe fondamental, en droit français, le principe de continuité du service public semble être celui qui reflète le plus les exigences essentielles d'une activité de service public. La doctrine affirme qu'il est le seul principe que Louis Rolland a expressément qualifié de « loi » du service public⁹³⁶. Le principe de continuité du service public signifie le fonctionnement ponctuel et régulier du service public dès lors que celui-ci existe et, sans préjudice pour l'autorité compétente d'en décider l'éventuelle suppression : il s'agit par conséquent de contraindre les organismes chargés d'un service public à maintenir et poursuivre leurs missions en toutes circonstances⁹³⁷.

317. La doctrine attribue au principe de continuité deux fondements : le premier s'appuie sur la continuité de l'Etat et de l'action des personnes publiques, le second prend compte

⁹³⁰ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 381 ; *adde* dans le même sens R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 371. Pour un examen de la question en droit européen Cf. S. Francfort-Alberelli, « L'intégration du principe d'égalité dans le droit européen des services publics et ses perspectives », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 347 et s.

⁹³¹ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 384.

⁹³² Sur la différence entre l'accès et l'accessibilité, Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 385 ainsi que la note 21 citée.

⁹³³ V. cependant sur les différences de régime juridique auxquels peuvent être soumis les usagers d'un service public qualifié d'administratif et les usagers d'un service public dit industriel ou commercial : G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 390.

⁹³⁴ En ce sens, Cf. R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 371 ; et sur l'ensemble de la question Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 391-395 ;

⁹³⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, Fontemoing, 1928, p. 61 cité par G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 404.

⁹³⁶ En ce sens Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 406 ; *adde* dans le même sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 353 ainsi que la note 11 citée par cet auteur.

⁹³⁷ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 406.

la satisfaction continue et continuée des besoins collectifs⁹³⁸. Ce principe qui est une règle essentielle de fonctionnement du service public implique pour les usagers un droit au fonctionnement normal et régulier du service. Il est par conséquent source de contraintes pour le gestionnaire du service public, lequel a l'obligation de maintenir le fonctionnement continu du service⁹³⁹.

318. Du côté du gestionnaire contractuel du service, doctrine et jurisprudence admettent le pouvoir de l'administration d'imposer à son cocontractant les adaptations tant à l'organisation qu'au fonctionnement du service dès lors que la continuité de ce service le requiert⁹⁴⁰. Le principe de continuité du service public révèle ainsi deux des traits caractéristiques du contrat dit administratif à savoir : le pouvoir de modification unilatérale des clauses du contrat et la théorie de l'imprévision⁹⁴¹. Le principe de fonctionnement présente alors un caractère dynamique et se trouve par conséquent lié à la problématique de l'adaptation ou de l'adaptabilité donc au principe de mutabilité.

c- Le principe de mutabilité

319. « *De la conscience du lien social qui fait le service public découle la nécessité d'affirmer l'existence d'un principe qui permette d'adapter les activités en cause aux changements en matière sociale, économique et technique* »⁹⁴². Telle semble être la justification du principe de mutabilité dont on considère qu'il implique au plan juridique, la nécessité de changement de l'activité publique en relation avec son environnement⁹⁴³. En vertu de ce principe, le service public est appelé à s'adapter aux évolutions commandées par les exigences de changement de l'intérêt général. C'est l'appréhension de la notion d'intérêt général par les pouvoirs publics qui va alors déterminer les processus de modification et d'adaptation du service public aux évolutions sociales, économiques, techniques et juridiques⁹⁴⁴.

320. Une difficulté est cependant d'appréhender la consistance du principe de mutabilité, sans cesse mouvant, qui fonde et justifie les évolutions du service public, car si un tel principe traduit la capacité du service public à s'accommoder des modifications de son environnement politique, économique, social et juridique, il n'est énoncé que du fait de la pratique et par la doctrine⁹⁴⁵. Pour M. A.-S. Mescheriakoff, le principe d'adaptation ne débouche sur aucun contenu normatif précis alors même qu'il est classiquement présenté comme l'obligation pour l'administration d'adapter les prestations aux besoins des usagers, lesquels n'ont aucun moyen juridique pour revendiquer cette adaptation⁹⁴⁶. En

⁹³⁸ Ibid. p. 408. *Adde* dans le même sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 354.

⁹³⁹ R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 356 ; *adde* : G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 418 où les auteurs précisent que l'obligation de maintenir le fonctionnement continu du service signifie que l'accès au service soit assuré de manière satisfaisante ; que le service fonctionne de manière ponctuelle et régulière ; qu'il ne peut être interrompu sans raison majeure de manière anticipée.

⁹⁴⁰ En ce sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 359.

⁹⁴¹ Cf. en ce sens, J.-M. Rainaud, « Principe de continuité et contrat administratif », in J.-P. Gilli (dir.), *La continuité des services publics*, PUF, 1973, p. 151 cité par R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 359.

⁹⁴² G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 422.

⁹⁴³ En ce sens Cf. R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 383.

⁹⁴⁴ Ibid.

⁹⁴⁵ En ce sens Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 423.

⁹⁴⁶ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 185-187. Pour cet auteur, à la différence des principes d'égalité et de continuité auxquels on peut rattacher des règles juridiques précises de valeur soit constitutionnelle, soit législative, l'adaptation des services publics n'a jamais fait l'objet d'une reconnaissance juridique expresse ni par les textes, ni par les juges.

effet, la mise en œuvre du principe de mutabilité implique que les usagers potentiels, virtuels ou même éventuels ne peuvent nullement faire valoir un droit au maintien du service public⁹⁴⁷ : les conditions de sa création et les raisons de son maintien peuvent disparaître, surtout dans l'hypothèse où le service prend pour appui la défaillance de l'initiative privée⁹⁴⁸.

321. Du côté du gestionnaire du service – et dans l'hypothèse d'une habilitation contractuelle – la doctrine souligne que le cocontractant de l'administration ne peut pas valablement se prévaloir des clauses du contrat le liant à cette dernière pour refuser d'adapter le fonctionnement du service tandis que l'administration a au contraire la possibilité de lui imposer cette adaptation en procédant unilatéralement à la modification des stipulations concernées⁹⁴⁹. De fait, sous réserve de l'indemnisation de son cocontractant, l'administration dispose du droit, même en dehors de toute faute, de résilier unilatéralement tout contrat dont la poursuite serait de nature à contrarier l'évolution du service public⁹⁵⁰. Ces pouvoirs de l'administration s'appliquent en principe de plein droit, même dans le silence du contrat, et celle-ci ne peut valablement y renoncer⁹⁵¹. Il arrive cependant que les processus d'adaptation soient mis en œuvre sur la base de nouvelles prescriptions ou d'adaptations d'origine administrative, lesquelles viennent ainsi en complément des principes classiques présentés ci-dessus.

2- Les précisions et compléments aux principes classiques du service public

322. La doctrine a pu se demander s'il n'existaient pas de « nouveaux principes » du service public au nombre desquels notamment les concepts de neutralité, de transparence, de responsabilité ou même de participation⁹⁵². Nombre de ces « nouveaux principes » constituent en réalité des précisions et/ou des compléments aux principes classiques du service public⁹⁵³. Nous examinerons ceux de ces principes qui nous paraissent apporter un éclairage utile à notre propos. Ainsi, à côté du principe de gratuité qui semble dépourvue de toute portée pratique (a), on a fait valoir un principe de qualité (b) ainsi qu'un principe d'efficacité (c).

a- La question d'un principe de gratuité

323. Pour une partie de la doctrine, la gratuité est le point faible du droit du service public⁹⁵⁴. En effet, si la gratuité a pu être présentée par certains auteurs comme le Doyen Maurice Hauriou⁹⁵⁵ comme une loi du service public, la doctrine contemporaine considère

⁹⁴⁷ Le principe de mutabilité implique ainsi l'absence de droit acquis au maintien d'un service public donné : V. en ce sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 383 ; A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 187-188.

⁹⁴⁸ Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 428.

⁹⁴⁹ En ce sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 387 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur.

⁹⁵⁰ Ibid.

⁹⁵¹ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat c/ Crédit foncier de France*, Rec. du CE, p. 141 ; RFDA 1986, p. 26 cl. B. Genevois.

⁹⁵² Cf. en ce sens, R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 390-414 ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 113-119.

⁹⁵³ Cf. en ce sens G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 453 où ces auteurs affirment qu'en dépit des prétentions des autorités publiques et de certains discours de la doctrine administrative et universitaire, il n'existe pas en droit positif de « nouveaux principes de fonctionnement du service public ».

⁹⁵⁴ Ibid. p. 433.

⁹⁵⁵ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12^{ème} éd., 1933 cité par R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 402.

que le principe de gratuité n'a aucune réalité juridique⁹⁵⁶. Pour M. Philippe Yolka, la faculté de percevoir des redevances sur l'usager, particulièrement sensible ces dernières années, est favorisée par l'absence d'un principe général de gratuité qui traduit le fait que loin que « l'onérosité » représente une atteinte à la liberté d'aller et venir, elle peut constituer l'un des moyens de sa réalisation optimale, en permettant de financer la modernisation des infrastructures existantes⁹⁵⁷.

324. On estime néanmoins que si, au sens économique, la gratuité n'existe pas en ce que le service a toujours un coût, l'étude de celle-ci permet de poser la question de la rémunération du service public⁹⁵⁸. De fait, certains ont parfois affirmé que « *La gratuité sert l'égalité et permet la réalisation du devoir d'assistance de l'Etat au profit des plus démunis* »⁹⁵⁹. On relève cependant qu'au plan social, si la référence à ce principe incertain peut servir à masquer les contradictions fondamentales entre individualité et collectivité, la liaison entre gratuité et droit n'assure nullement une conciliation entre les thèses individualistes et libérales du système économique et les conceptions solidaires ou consensuelles de la solidarité sociale⁹⁶⁰. Il semble en fin de compte impossible d'ériger la gratuité en principe de fonctionnement des services publics, d'où la proposition de certains auteurs de la situer comme un idéal à atteindre dans la construction d'un droit du service public⁹⁶¹. Il convient alors de se demander si cette proposition peut se concilier avec l'exigence de qualité, puisque la doctrine fait valoir, comme complément nouveau aux trois principes classiques du service public, un principe dit de qualité.

b- Le principe de qualité

325. M. Renan Le Mestre affirme que la qualité de la prestation fournie par le service public⁹⁶², notion qui serait particulièrement subjective, est devenue un élément du régime juridique de ce dernier dans le cours des années 1980⁹⁶³. La prise en compte de la qualité du service public traduirait, en substance, l'abandon progressif par les pouvoirs publics d'une logique purement quantitative dans la fourniture des services publics au profit d'une logique plus qualitative, soucieuse des besoins concrets et des attentes des citoyens-usagers (notamment en termes d'individualisation des prestations délivrées et de la simplification des relations)⁹⁶⁴.

⁹⁵⁶ En ce sens, G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 434 ; R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 402-404 ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 117.

⁹⁵⁷ P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. 227-229 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

⁹⁵⁸ En ce sens, G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 434 ; *adde* pour une analyse de la notion de prix du service public en droit français : R. Hertzog, « Le prix du service public », in AJDA, n° spécial 20 juin 1997, p. 55-68.

⁹⁵⁹ J.-P. Valette, *Le service public à la française*, Ellipses, 2000, p. 102 cité par G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 434.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ Ibid.

⁹⁶² Pour une analyse approfondie de la question, Cf. B. de Quatrebarbes, *Usagers ou clients ? Marketing et qualité dans les services publics*, Paris, Les éditions d'organisation, 1996 op. cit.

⁹⁶³ R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 409 ; *adde* pour un examen des contours et de l'évolution du principe de qualité, M. Voisset, « Qualité, adaptabilité, mutabilité », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 397-406.

⁹⁶⁴ R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 409.

- 326.** Pour Mme Lucie Cluzel-Métayer, érigée en nouveau précepte de gestion, l'exigence de qualité, qui véhicule la rationalité managériale développée dans le secteur privé, impose aux services publics de rechercher l'efficacité et la qualité de leurs prestations⁹⁶⁵. Selon l'auteur, l'impératif de la qualité qui n'intéressait au départ que les produits a fini par atteindre les services, alors même que ceux-ci sont, à première vue, rétifs à la mesure objective qu'entraîne la réalisation d'un tel impératif⁹⁶⁶. Ainsi par exemple, l'une des premières mesures de la qualité du service repose sur l'indice de satisfaction de ses usagers. Toutefois, une telle mesure paraît relative en ce sens qu'elle dépend tant du besoin auquel il faut faire face que de l'activité ou de la prestation considérée, voire même de la situation propre de l'utilisateur ou des moyens financiers ou humains mis en œuvre⁹⁶⁷.
- 327.** Pour analyser la notion de qualité, un auteur estime qu'il faut partir de l'idée que « *Le critère de qualité est d'abord apparu dans la sphère économique pour améliorer la gestion des services publics industriels et commerciaux* »⁹⁶⁸. La qualité est conçue comme « *l'ensemble des caractéristiques d'une entité qui lui confère l'aptitude à satisfaire des besoins exprimés et implicites* »⁹⁶⁹. La qualité permettrait alors d'orienter l'action sur les plans de l'efficacité et de l'efficience ou encore de la performance, vers la satisfaction du bénéficiaire de l'action⁹⁷⁰. La notion de qualité appliquée aux services publics paraît donc devoir être appréhendée à travers une approche économique, d'autant plus que la qualité se réfère essentiellement au contenu de la prestation en cause⁹⁷¹. Elle semble s'inscrire dans un mouvement de contestation du droit administratif car, d'une part, la qualité repose sur le référentiel nouveau des « normes de qualités » qui viennent concurrencer le droit et, d'autre part, elle implique que les services publics soient désormais considérés comme des organisations comme les autres ne pouvant plus à ce titre être régis par un droit particulier, même si leur spécificité doit être prise en compte⁹⁷².
- 328.** En France et en Belgique, de nombreux services publics ont dû se doter d'indicateurs de performance permettant d'évaluer leurs performances et de mesurer le degré de satisfaction des usagers, outre de rendre public les objectifs d'amélioration de la qualité des prestations⁹⁷³. Une démarche similaire a pu être constatée au Royaume-Uni avec la *Citizen's charter* de 1991, à l'origine de nombreux autres « charters » pour les différents services publics et les diverses activités gouvernementales⁹⁷⁴. L'objet de ces textes est

⁹⁶⁵ L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, 2006, p. 1.

⁹⁶⁶ Ibid. p. 2.

⁹⁶⁷ En ce sens, Cf. G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 455.

⁹⁶⁸ M. Voisset, « La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », RFDA, 1999, p. 743, cité par G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 456.

⁹⁶⁹ Définition donnée par l'International Standard Organization (ISO) et citée par L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 2 où il est précisé que la qualité doit par conséquent être distinguée des idées de pertinence, d'efficience ou d'efficacité exprimant respectivement « la justesse des rapports entre les objectifs et les moyens, les moyens et les résultats, les objectifs et les résultats ».

⁹⁷⁰ Ibid.

⁹⁷¹ Pour Guglielmi et Koubi cependant, s'il est possible d'envisager l'idée de la qualité de l'enseignement, des soins hospitaliers, de l'acheminement du courrier, il demeure singulier de penser la qualité comme source d'une obligation de résultat. Nous verrons néanmoins (Cf. *infra* section IV) que la PFI offre un modèle qui permet d'atteindre un tel objectif.

⁹⁷² En ce sens Cf. L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 6-7 où l'auteur précise que parler de « qualité administrative » suppose une adaptation aux spécificités des organisations publiques. L'auteur affirme par la suite que l'émergence du principe de qualité pourrait alors être interprétée comme un instrument de mise en cohérence et de régénération du droit administratif et non comme un élément de sa contestation (*Idem* p. 14).

⁹⁷³ Les services postaux dans les deux pays constituent une illustration indéniable de cette évolution.

⁹⁷⁴ R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 409.

d'améliorer la qualité du service en déterminant expressément les critères et les buts à réaliser et en prévoyant des systèmes plus efficaces d'inspection, de vérification et de compensation⁹⁷⁵. Plus largement, notamment sous l'influence du droit de l'Union européenne, les usagers se sont vus reconnaître des droits en tant que consommateurs du « service public » tandis que des normes de qualité sont par ailleurs inscrites dans certains textes relatifs au service universel⁹⁷⁶.

329. La qualité se présente en fin de compte comme « *une sorte de garantie pour les citoyens d'un mode de gestion restant – ou devenant – satisfaisant après qu'aient été opérées dérégulations ou privatisations* »⁹⁷⁷. Pour Mme Lucie Cluzel-Métayer, l'exigence de qualité devient une obligation pour l'ensemble des services publics, entraînant comme conséquence que la qualité au sens large est désormais saisie par le droit : les références à la qualité se sont ainsi multipliées depuis une dizaine d'années tant dans les textes que les rapports officiels, les travaux et débats parlementaires ainsi que dans la littérature administrative et dans la jurisprudence⁹⁷⁸. Le principe de qualité ainsi compris paraît complémentaire du principe d'efficacité, autre complément nouveau aux trois principes classiques du service public.

c- Le principe d'efficacité

330. Une des critiques souvent adressées à l'endroit du service public classique est que celui-ci fonctionne, dans la plupart des cas, sans tenir le moindre compte de sa rentabilité économique. Il est considéré comme coûtant cher et comme offrant des prestations standardisées de qualité insatisfaisante, tout en bénéficiant souvent d'avantages anticoncurrentiels. Pour M. A.-S. Mescheriakoff par exemple, il n'existe pas d'obligation d'efficacité, le juge ne vérifiant que le but d'intérêt général de l'action administrative sans toutefois contrôler les moyens mis en œuvre pour l'atteindre⁹⁷⁹. Plus généralement, selon cet auteur, les services publics, sauf quelques exceptions⁹⁸⁰, ne sont pas tenus à une obligation de résultat, ce qui ne permet pas de juger de l'efficacité des moyens mis en œuvre par rapport au résultat recherché⁹⁸¹.

331. Une des réponses apportées aux critiques formulées par rapport au fonctionnement des services publics concerne les relations entre le service public et ses agents. La politique de modernisation des services publics entreprise par de nombreux pays met en avant la

⁹⁷⁵ Ibid. L'auteur précise que ces textes offrent par ailleurs un cadre pour des principes opérationnels de caractère général, couvrant non seulement la qualité du service, les informations et la transparence des décisions, la consultation préalable, les choix offerts mais également la courtoisie et l'assistance fournie aux usagers, la correction des erreurs ou défauts du service et sa rentabilité.

⁹⁷⁶ Sur la question, Cf. J. Dutheil De la Rochère, « L'utilisateur du service public et le client de l'entreprise saisis par le droit communautaire », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 335-346. A titre d'illustration, des normes de qualité sont imposées aux services postaux par la directive du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service.

⁹⁷⁷ M. Voisset, « La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics », RFDA, 1999, p. 744 cité par R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 410.

⁹⁷⁸ L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit. p. 10.

⁹⁷⁹ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 189.

⁹⁸⁰ En matière médicale et dans le domaine du transport par exemple.

⁹⁸¹ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 189 ; *adde* pour une analyse du lien entre le service public et la comptabilité publique : A. Delion « Service public et comptabilité publique », in AJDA, n° spécial 20 juin 1997, p. 69-82.

responsabilisation des agents du service public : ceux-ci doivent en effet intégrer les valeurs d'efficacité et de rendement des entreprises privées, afin d'accroître leurs performances⁹⁸². En contrepartie cependant, la gestion de la carrière de ces agents doit faire l'objet d'une décentralisation et d'une individualisation et leur rémunération doit être calculée en tenant compte des mérites personnels et non plus de la seule ancienneté⁹⁸³. D'un autre côté, un rapprochement fécond entre le principe de mutabilité et l'exigence d'efficacité dans les services publics a été établi par M. A.-S. Mescheriakoff pour qui l'autorité publique adapte les moyens à la disposition du service pour lui permettre de fournir sa prestation dans des conditions optimales⁹⁸⁴. Il s'agit alors de trouver une adéquation rigoureuse entre les moyens et les principes que recouvre la notion de service public⁹⁸⁵.

332. De ce qui précède, les précisions et compléments aux principes classiques régissant le service public témoignent d'un certain anachronisme desdits principes. Les notions de gratuité, de qualité et d'efficacité, succinctement analysées, illustrent véritablement cette situation⁹⁸⁶ :

- (1) appréhender la notion de gratuité ne semble pouvoir se faire qu'autour des rôles et en fonction des valeurs que porte le système de droit. Or, la prise en compte par le droit de la gratuité se trouve insérée dans le contexte d'une société libérale, laquelle ne néglige pas les aspects financiers du service public ;
- (2) la notion de qualité appliquée aux services publics ne paraît devoir être appréhendée qu'à travers une approche économique ;
- (3) l'exigence d'efficacité des services publics ne semble être que la traduction de la recherche d'une stricte adéquation entre les moyens et les principes que recouvre la notion de service public. En fin de compte, il émerge de toutes ces considérations l'exigence d'un dépassement de la conception classique du service public.

Sous-section 2 : Le nécessaire dépassement de la conception classique du service public

Nous constaterons d'abord l'obsolescence de la conception classique du service public (I) pour ensuite envisager la redéfinition d'un concept de service public en phase avec les réalités économiques et sociales contemporaines (II).

I - L'obsolescence de la conception classique du service public

333. Sous l'avènement de l'Etat-providence, le service public a occupé, dans les pays européens notamment, une position centrale caractérisée par un service public fort ayant pour mission de mettre un certain nombre de biens jugés essentiels (biens sociaux, économiques ou culturels) à la portée de tous, soustrayant du même coup cette mission au

⁹⁸² En ce sens, Cf. R. Le Mestre, *Droit du service public*, op. cit., p. 77-78.

⁹⁸³ Ibid. p. 78 où l'auteur précise qu'un tel renouvellement des principes de gestion des moyens humains implique à la fois une gestion prévisionnelle des emplois, l'amélioration des conditions de travail, une meilleure prise en compte des performances des agents, le renforcement des dispositifs de formation et l'accroissement de la mobilité ainsi que l'extension des méthodes de participation.

⁹⁸⁴ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 189.

⁹⁸⁵ *Contra* : G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 466. Pour ces auteurs, l'efficacité renvoie aux notions de productivité et de rentabilité qui contredisent la philosophie initiale du service public.

⁹⁸⁶ Pour Lucie Cluzel-Métayer, affirmer que les lois du service public permettent d'intégrer les nouvelles exigences de transparence, de simplicité, d'accessibilité, ou de rapidité apparaît en définitive contestable : L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit. p. 11.

libre jeu du marché⁹⁸⁷. On a tout d'abord observé qu'avec l'Etat-providence, le service public étend son emprise sur la vie sociale : on est alors convaincu que la voie vers plus de liberté, d'égalité et de justice passe par l'Etat et implique un service public fort et constant⁹⁸⁸. Cette conception sera cependant combattue par une partie de la doctrine française qui l'estimera non seulement attentatoire aux libertés individuelles mais également économiquement inefficace⁹⁸⁹. Ensuite, le service public ainsi étendu est caractérisé par des « *principes de gestion spécifiques, qui en font un îlot au sein de l'économie et de la société* »⁹⁹⁰.

334. Cette conception du service public n'a pas survécu à la crise de l'Etat-providence, laquelle s'est traduite d'une part, par un repli très sensible de ce modèle dans le domaine économique et, d'autre part, par une banalisation continue de son statut⁹⁹¹. Le Professeur Chevallier observe alors que « *Par-delà la diversité des contextes nationaux, on voit se dessiner une trajectoire commune d'évolution : le nouveau modèle d'Etat qui se profile dans les pays occidentaux tend à se diffuser à la faveur du processus de mondialisation ; et dans ce modèle, le service public est appelé à prendre une configuration différente* »⁹⁹². Ainsi, est clairement posée l'exigence d'une redéfinition du service public.

II- La nécessaire réadaptation du service public aux réalités sociales et économiques contemporaines

335. La fin du service public ne semble pas proche. Comme l'observe un auteur en effet, le service public entendu au sens large est inhérent à l'existence de toute société⁹⁹³. Les services publics constitueraient, sans doute, un facteur fondamental d'intégration et de cohésion sociale dont le rôle essentiel est désormais reconnu au niveau européen⁹⁹⁴. Toutefois, fondée sur une délimitation rigide de la sphère du public et de la sphère du privé entraînant l'application de systèmes de valeurs et de dispositifs normatifs différents – voire contraires – la conception du service public tel qu'il a prévalu dans de nombreux pays européens est désormais caduque⁹⁹⁵. On a en effet observé, avec quelque raison, que des pans entiers d'activités restent soumis au régime administratif par le simple poids d'un passé jurisprudentiel, déconnecté de l'évolution propre de la notion d'intérêt général⁹⁹⁶. Le redéploiement des services publics se traduit par conséquent par une délimitation plus fine des contours du service public. Il est désormais question de le circonscrire dans

⁹⁸⁷ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 16.

⁹⁸⁸ Ibid. (dans le même sens).

⁹⁸⁹ Faisant écho à des critiques émises en 1929 par Henri Berthélémy dans sa contribution aux *Mélanges Maurice Hauriou* (Cf. H. Berthélémy, « Défense de quelques vieux principes (le service public) » in *Mélanges Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 5 et s.), le Professeur Pierre Delvolvé reproche, en substance, à la notion de service public son imprécision et estime que l'extension que les pouvoirs publics sont susceptibles de lui reconnaître s'avère de nature à menacer la sphère d'autonomie de chaque individu, en étendant à l'excès le champ d'interventionnisme public au détriment de l'initiative privée : Cf. P. Delvolvé, « Service public et libertés publiques », in RFDA, 1985, p. 1 et s.

⁹⁹⁰ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 17.

⁹⁹¹ Ibid. p. 19.

⁹⁹² Ibid. p. 15.

⁹⁹³ Ibid. p. 21.

⁹⁹⁴ Sur la base de la consultation publique ouverte par le livre vert du 21 mai 2003, la Commission a adopté le 12 mai 2004 un livre blanc qui rappelle les principes directeurs de son approche des services d'intérêt général (SIG), lesquels sont à ses yeux un « pilier du modèle européen de société » ; il est en outre rappelé la primauté de l'accomplissement de ces missions d'intérêt général sur l'application des règles du traité.

⁹⁹⁵ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 21.

⁹⁹⁶ En ce sens Cf. L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 163-164.

chacun des secteurs, ce qui devra faire l'objet d'obligations spécifiques en raison de l'impératif de cohésion sociale⁹⁹⁷.

336. Pour certains auteurs, l'unité du service public a été sacrifiée à la faveur du libéralisme économique et, mêmes les services publics sociaux et socialisants comme la santé et l'enseignement se trouvent contestés en ce qu'ils relèvent d'une idéologie républicaine⁹⁹⁸. Néanmoins, la redéfinition du service public passe également par la diversification de ses modes de gestion dont principalement un appel croissant aux compétences et aux ressources du secteur privé à travers des stratégies de dévolution ou d'externalisation dudit service (Cf. *supra* chapitre préliminaire sur les P.P.P). Par ailleurs, la gestion même du service public se doit d'être pragmatique, car si le régime juridique nouveau du service public ne perdra pas tous ces éléments de spécificité, les privilèges dont ont longtemps bénéficié les services publics sont appelés à disparaître⁹⁹⁹.

337. A l'analyse, le particularisme des règles juridiques applicables aux services publics ne se justifiera que s'il est imposé par la nature des fins poursuivies et n'est pas en opposition avec l'impératif d'efficacité qui semble désormais commander la gestion publique¹⁰⁰⁰ (Cf. *infra* n^{os} 397 et s. sur la PFI). Au demeurant, le service public n'est qu'une des figures, même si considérée comme la principale, de la gestion publique¹⁰⁰¹. En définitive, c'est « *une approche beaucoup plus souple d'un service public au périmètre contingent, pris en charge selon les modalités diverses et géré de façon pragmatique, qui tend désormais à s'imposer, réduisant du même coup l'écart qui existait traditionnellement avec l'approche dominante Outre-Atlantique* »¹⁰⁰². De souplesse, il semble également en être question en ce qui concerne la gestion de la propriété publique.

SECTION II : LA PROPRIÉTÉ PUBLIQUE

338. Il existe, semble-t-il, dans tous les systèmes juridiques des traces plus ou moins développées de particularisme du droit des biens publics : ces derniers ne seraient ainsi jamais entièrement soumis au droit commun, même dans les systèmes où, en principe, leur régime n'est pas spécifique¹⁰⁰³. Comme le relève M. Lucien Rapp, c'est bien l'Etat, son rôle et son droit que les investisseurs transnationaux ont à l'esprit lorsqu'ils s'implantent dans un pays car, notamment, la question du régime des actifs de l'Etat-hôte constitue un

⁹⁹⁷ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 23. L'auteur affirme alors qu'il s'agit de passer d'une conception « organique » du service public, reposant sur l'adéquation de l'opérateur et de l'activité, à une conception « matérielle » ou « fonctionnelle », fondée sur la nature intrinsèque de l'activité.

⁹⁹⁸ G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 467.

⁹⁹⁹ Pour Guglielmi et Koubi, c'est plutôt la notion d'efficacité sociale qui reflèterait la logique du droit du service public, dans la mesure où la question du maintien de la cohésion sociale est sans cesse mise à l'épreuve : G. J. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, op. cit., p. 468.

¹⁰⁰⁰ J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 29 où l'auteur affirme que l'invocation de la mystique du service public ne suffit plus à entourer leurs actions d'un bien-fondé de principe, il faut encore que les services publics fassent la preuve de l'efficacité de leur gestion comme en témoigne le développement de procédures d'évaluation.

¹⁰⁰¹ Cf. en ce sens, P. Yolka, *La propriété publique – Eléments pour une théorie*, op. cit., p. 283. La gestion publique emprunte, selon cet auteur, deux formes : la gestion des services publics et la gestion des propriétés publiques (Cf. p. 291).

¹⁰⁰² J. Chevallier, « Les nouvelles frontières du service public », op. cit., p. 21 (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁰⁰³ En ce sens Cf. J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens. Domaine public et privé/Travaux et ouvrages publics/ Expropriation*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003, p. 4.

sujet délicat¹⁰⁰⁴. Il en est ainsi d'autant plus que le droit de la propriété publique est considéré comme le terrain d'élection de la doctrine¹⁰⁰⁵. De plus, il est traditionnellement un droit de la conservation, mais semble être devenu de nos jours un droit de l'exploitation¹⁰⁰⁶.

339. Si l'on souligne, de manière fort convaincante, que la propriété des personnes publiques ne doit pas être confondue avec le régime de domanialité qui régit certaines de ces propriétés¹⁰⁰⁷, force est cependant de constater que la propriété publique constitue la face cachée du droit du domaine car masquée par la domanialité¹⁰⁰⁸. On observe parallèlement que la question domaniale possède ce « *don d'exciter l'esprit des juristes* », mais également une tendance marquée à agacer le praticien¹⁰⁰⁹. Dans la mesure où la mise en œuvre concrète du BOT prend généralement ancrage sur le domaine public, l'examen de la question de la domanialité publique revêt – dans le cadre général de la propriété publique – une importance significative pour cette étude. Nous présenterons tout d'abord la notion et le régime du domaine public (sous-section 1) pour ensuite constater qu'il y a une forte tendance à la remise en cause de la conception traditionnelle de la domanialité publique, en raison des rigidités et inadaptations qui en découlent (sous-section 2). Si nous nous limiterons dans cette section à l'examen de la seule question domaniale publique – et donc de la seule propriété publique immobilière – la question de la propriété mobilière publique est également intéressante, notamment dans l'hypothèse d'une prise de participation dans la société du projet par la personne publique dans le cadre d'un BOT

Sous-section 1 : Notion et régime du domaine public

Il conviendra d'abord de présenter la notion de domaine public (I) avant d'envisager l'examen de son régime (II).

¹⁰⁰⁴ L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, p. 272-273. Le problème est d'autant plus délicat, relève l'auteur, que le droit que l'on oppose à l'investisseur étranger ou transnational est, non seulement un droit national, par nature irréductible à toute *déterritorialisation*, mais encore que ce droit est celui de la puissance publique, exorbitant du droit commun, généralement conçu pour assurer la protection des intérêts de l'administration. (Soulignement de l'auteur).

¹⁰⁰⁵ Y. Gaudemet, préface à l'ouvrage de P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, 1997, p. xii.

¹⁰⁰⁶ Ibid. p. xi où l'auteur précise que la conception individualiste et conservatrice de la propriété a vécu et que l'administration découvre à son tour que les domaines publics peuvent être valorisés, rendus à leur valeur économique et accueillir des initiatives qui viennent en complément de leur vocation traditionnelle.

¹⁰⁰⁷ C'est en effet l'élément central de la thèse de M. Yolka dans son ouvrage précité ; *adde* : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 569 où l'auteur indique que la propriété publique existe très simplement à chaque fois qu'une collectivité est propriétaire d'un bien, la conséquence en étant que ledit bien ne peut être saisi. Pour M. Rapp, il faut savoir restituer une signification précise aux réalités en distinguant le patrimoine public de la domanialité publique : L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, op. cit., p. 280.

¹⁰⁰⁸ P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 1. M. Gaudemet compare d'ailleurs la domanialité publique à un voile – le voile de l'affectation publique – qui s'étend sur certaines propriétés publiques (Cf. Préface précitée p. xiii). Ce voile semble avoir obstrué la vue du Conseil d'Etat français dans son arrêt *Ministre du budget c/ Société Sagifa* du 21 avril 1997 (RFDA, 1997, p. 935 avec les obs. de E. Fatôme et P. Terneyre) aux termes duquel le Conseil affirme, en substance, que lorsqu'une construction est édifiée sur le domaine public en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté, elle doit être inaliénable et, partant, appartenir au domaine public. Or, la doctrine française va dans le sens que l'appartenance au domaine public d'ouvrages publics n'est que la conséquence de leur appartenance à la personne publique.

¹⁰⁰⁹ P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 6 ainsi que les notes 2 et 3 citées par l'auteur qui souligne dans le texte.

I - La notion de domaine public

340. Certains auteurs affirment que s'il est une matière où le flou règne en maître, c'est celle de la délimitation du domaine public¹⁰¹⁰. Historiquement en effet, l'Ancien régime établissait une distinction entre les biens de la Couronne et les biens appartenant au monarque rassemblés dans le « domaine casuel »¹⁰¹¹. Les jurisconsultes estimaient alors que le Roi n'était pas propriétaire des biens de la Couronne dont il détenait simplement la garde, sans pouvoir toutefois en disposer librement¹⁰¹². Cette règle avait pour but de protéger ces biens de la prodigalité du Roi et des tiers et était considérée comme une loi fondamentale du Royaume de France, malgré certaines exceptions¹⁰¹³. Par la suite, le législateur Révolutionnaire substitua la Nation à la Couronne comme propriétaire du domaine qu'il avait rendu par ailleurs aliénable, sans toutefois faire de distinction au sein de cette masse de biens¹⁰¹⁴.

341. La distinction entre domaine public et domaine privé pratiquée de nos jours est par conséquent postérieure à la Révolution française et on affirme que les auteurs du Code civil n'ont pas soupçonné cette distinction contemporaine¹⁰¹⁵. Celle-ci a été construite par la doctrine et la jurisprudence et est souvent reconnue par le législateur¹⁰¹⁶. On distingue alors entre le domaine privé¹⁰¹⁷ qui réunit les biens obéissant à un régime dominant de droit privé et le domaine public réunissant les biens qui sont soumis à un régime de droit public¹⁰¹⁸. Cette distinction fut systématisée par Victor Proudhon (*Traité du domaine public*, 1833) qui, à l'intérieur du domaine national, met à part le domaine public « *ensemble de choses qui sont publiques comme asservies par les dispositions de la loi civile aux usages de tous* » et le domaine privé constitué de biens « *qui appartiennent*

¹⁰¹⁰ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 235.

¹⁰¹¹ En ce sens, M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in M. Pâques, D. Déom, P.-Y. Erneux et D. Lagasse, *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 67. *Contra* cependant : J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, Paris, La documentation française, n° 2.12, éd. 2004, p. 1 où il est indiqué que le droit de l'Ancien régime ignorait toute distinction au sein des biens de la Couronne, ceux-ci étant considérés comme la propriété du roi et frappés d'inaliénabilité, qu'ils fussent acquis ou non à titre personnel. Des jurisconsultes avaient néanmoins proposé d'isoler parmi ces biens les « choses publiques ».

¹⁰¹² M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 67 ; J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens. Domaine public et privé/Travaux et ouvrages publics/ Expropriation*, op. cit., p. 7.

¹⁰¹³ M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 67.

¹⁰¹⁴ Cf. en ce sens, J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 1 ; *adde* J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens. Domaine public et privé/Travaux et ouvrages publics/ Expropriation*, op. cit., p. 8.

¹⁰¹⁵ En ce sens Cf. M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 68 ; P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 236 ; J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens. Domaine public et privé/Travaux et ouvrages publics/ Expropriation*, op. cit., p. 8.

¹⁰¹⁶ M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 68.

¹⁰¹⁷ Il s'agirait du « domaine de profit » composé de biens productifs, par opposition au « domaine de protection », domaine improductif composé de biens affectés à l'utilité publique.

¹⁰¹⁸ Cette dichotomie introduite au sein du patrimoine des personnes publiques est cependant critiquée : Cf. en ce sens, J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 1-2. On estime ainsi par exemple que les biens du domaine privé ne sont pas purement et simplement soumis au droit commun (outre d'avoir un régime traversé par le droit public, il est soumis à de nombreux textes spéciaux).

propriétement à la communauté qui jouit comme les particuliers jouissent de leurs biens »¹⁰¹⁹. La distinction s'expliquerait en définitive par le constat selon lequel parmi la multitude de biens appartenant aux pouvoirs publics, certains méritent d'être mieux protégés que d'autres parce qu'ils sont affectés à l'utilité publique¹⁰²⁰.

342. Par ailleurs, la doctrine relève que la thèse de la propriété s'est progressivement imposée contre l'idée d'un simple droit de garde des personnes publiques sur leur domaine public¹⁰²¹. Toutefois, le domaine public n'est pas soumis au même droit de propriété que celui dont jouissent les personnes privées : il s'agirait en réalité d'une propriété administrative, caractérisée par l'existence d'une affectation des biens à l'usage du public ou au service public¹⁰²². Une telle destination paralyserait alors temporairement certaines des conséquences habituelles du droit de propriété mais en exalterait d'autres¹⁰²³. On estime néanmoins que le régime de domanialité publique doit demeurer exceptionnel parce que exorbitant du droit commun, tandis que la domanialité privée doit rester la règle¹⁰²⁴.

343. Les critères de détermination de l'appartenance d'un bien à la domanialité publique semblent fonction des pays. En droit français par exemple, deux conditions cumulatives semblent de nos jours être requises pour qu'un bien appartienne au domaine public : ce bien doit être une propriété publique et doit être affecté¹⁰²⁵ à l'utilité publique¹⁰²⁶. Une partie de la doctrine française y ajoute une troisième condition lorsqu'il s'agit d'un bien appartenant au domaine public artificiel – les équipements publics précisément – à savoir que le bien doit être spécialement aménagé en vue de la réalisation de son affectation¹⁰²⁷. Pour la doctrine belge contemporaine, « *Appartiennent au domaine public les biens qui sont affectés soit directement à l'usage de tous ; soit à un service public, pourvu que dans cette seconde hypothèse les biens soient adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier du service considéré en manière telle qu'ils sont irremplaçables ou difficilement remplaçables et que leur aliénation mettrait en péril la continuité du service public* »¹⁰²⁸. Le domaine public regrouperait alors les biens qui sont spécialement affectés à l'usage du public ou aménagés en vue d'assurer la réalisation d'un but de service

¹⁰¹⁹ V. Proudhon cité par J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, *Droit administratif des biens. Domaine public et privé/Travaux et ouvrages publics/Expropriation*, op. cit., p. 9.

¹⁰²⁰ En ce sens, P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 236 ; *adde* dans le même sens : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 569.

¹⁰²¹ P. Yolka, *La propriété publique – Eléments pour une théorie*, op. cit., p. 2 ainsi que toutes les références citées par cet auteur en note 1.

¹⁰²² Ibid.

¹⁰²³ Ibid.

¹⁰²⁴ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 237 ; *adde* dans le même sens : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 570.

¹⁰²⁵ On estime que le pouvoir d'affecter une dépendance constitue tout à la fois une expression de la propriété - puisqu'il est une des prérogatives de la personne publique propriétaire de la dépendance - et une amputation de cette propriété lorsque les biens appartiennent à des personnes publiques autres que l'Etat : Cf. en ce sens, J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 10.

¹⁰²⁶ Ibid. p. 3.

¹⁰²⁷ Cf. E. Fatôme, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », in AJDA, janvier 2003, p. 22.

¹⁰²⁸ D. Lagasse, *Les domaines public et privé. La voirie*, Bruxelles, PUB, 2003-2004, p. 19 cité par F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 322, préc. n° 304.

public¹⁰²⁹. Certains auteurs belges estiment par conséquent que le domaine public n'existe que pour la finalité qu'il poursuit, c'est-à-dire l'utilité de la collectivité et précisément la sauvegarde du service public, d'où la protection dont il fait l'objet et qui n'est finalement que le corollaire de la continuité du service public¹⁰³⁰.

344. La définition du domaine public ainsi esquissée pose cependant la question de sa consistance. En effet, la consistance du domaine public pose des difficultés notamment par rapport à leur délimitation ou leur usage. De nombreuses questions apparaissent selon qu'il s'agit du domaine public naturel (domaine fluvial et domaine maritime par exemple) ou du domaine public artificiel (domaine routier par exemple ou, selon la jurisprudence, tous biens qui sont physiquement indissociables d'une dépendance du domaine public ou en constituent un accessoire mais qui, au regard de leurs caractères propres, ne devraient pas en faire partie)¹⁰³¹. La question se pose avec une certaine acuité au sujet des équipements publics, précisément dans l'hypothèse du silence de la loi¹⁰³².

345. En réalité, alors que la propriété privée est délimitée par le bornage, opération en principe bilatérale entre deux propriétaires voisins, le domaine public fait l'objet d'actes administratifs unilatéraux de délimitation, au risque de créer des expropriations indirectes¹⁰³³. Par ailleurs, la notion d'affectation semble souvent largement interprétée en jurisprudence. On a ainsi pu relever que fait partie du domaine public un bien qui n'est affecté qu'à l'usage d'une catégorie de bénéficiaires (cas par exemple d'un centre sportif)¹⁰³⁴. Les caractéristiques ci-dessus présentées entraînent l'application au domaine public d'un régime spécifique.

II - Le régime du domaine public

346. Les biens du domaine public sont dits hors commerce. Ils sont en conséquence protégés par un régime d'indisponibilité qui a trois aspects à savoir l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité (A). Nous verrons cependant que la désaffectation peut apporter un tempérament à ce régime d'indisponibilité (B).

A- Le régime d'indisponibilité du domaine public : les principes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et d'insaisissabilité

Nous envisagerons tout d'abord le principe d'inaliénabilité (1), ensuite le principe d'imprescriptibilité (2) et enfin le principe d'insaisissabilité (3).

¹⁰²⁹ Cf. en ce sens D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 429.

¹⁰³⁰ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 243.

¹⁰³¹ Pour des détails sur cette question, Cf. J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 13-17. Pour certains auteurs, les ouvrages publics constituent, en général, des dépendances immobilières du domaine public artificiel car ils réuniraient le plus souvent les conditions d'appartenance au dit domaine : J. Petit et G. Eveillard, *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009, p. 66.

¹⁰³² Pour une analyse approfondie de cette question, Cf. E. Fatôme, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », in AJDA, janvier 2003, op. cit., p. 21 et s.

¹⁰³³ J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit. p. 18.

¹⁰³⁴ En ce sens, F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 322.

1- L'inaliénabilité des biens du domaine public

347. Le principe d'inaliénabilité du domaine tirerait son origine dans l'édit des Moulins de 1566 qui interdit toute aliénation du domaine de la Couronne¹⁰³⁵. Le Professeur Chapus affirme que « *le principe d'inaliénabilité est indissociable de la notion de domaine public : il existe un domaine public dans la mesure où existent des dépendances domaniales frappées d'inaliénabilité*¹⁰³⁶ ». Quant à Mme Déom, l'inaliénabilité du domaine public trouve son fondement dans l'idée selon laquelle la personne publique n'a pas réellement la maîtrise des biens qu'elle possède et n'est par conséquent que la gardienne de leur affectation à l'usage du public¹⁰³⁷. Citant à l'appui de leur thèse une doctrine unanime, tant belge que française, MM. Boucquey et Ost affirment plutôt que l'inaliénabilité des biens du domaine public est la conséquence nécessaire de l'affectation, dont ces biens font l'objet, à l'usage de tous ou au service public : l'affectation serait dès lors la mesure de l'indisponibilité du domaine public¹⁰³⁸.
348. L'inaliénabilité est considérée comme une manifestation de l'impossibilité, pour la personne publique comme pour les tiers, de méconnaître les exigences de l'affectation domaniale, au risque de voir frapper de nullité tout acte qui grèverait d'une manière quelconque un bien du domaine public¹⁰³⁹. Un tel empêchement ne vaudrait cependant qu'à partir du moment où l'affectation est réelle et ce, jusqu'au moment où l'autorité prend une mesure de désaffectation¹⁰⁴⁰. De manière classique, la règle de l'inaliénabilité empêche la vente de tout bien du domaine public, de même que l'expropriation d'un tel bien, la constitution d'un droit réel quelconque, la conclusion d'un bail, la constitution d'une hypothèque et l'application des règles relatives à la mitoyenneté ou encore des articles 2279 et 2280 du Code civil : seuls des droits précaires et révocables peuvent être constitués¹⁰⁴¹.
349. Le caractère précaire des droits privatifs accordés sur les dépendances du domaine public découlerait du principe de mutabilité du service public étudié *supra*. On en déduit que ce qui est interdit au gestionnaire du domaine public c'est la constitution, au profit des particuliers, de droits privés dont le régime serait incompatible avec la destination des biens du domaine public considérés comme un instrument du service public : il ne s'agit donc pas d'une inaliénabilité absolue¹⁰⁴². Par contre, la violation du principe

¹⁰³⁵ Cf. J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 20.

¹⁰³⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome II, Paris, Montchrestien, 1999, p. 407 cité par P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 257.

¹⁰³⁷ D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 195.

¹⁰³⁸ P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 257. Dans le même sens, P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 2 où cet auteur affirme que la thèse de la propriété s'est progressivement imposée contre l'idée d'un simple droit de garde des personnes publiques sur leur domaine public.

¹⁰³⁹ Ibid.

¹⁰⁴⁰ P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 257-258.

¹⁰⁴¹ Ibid. p. 258. Adde dans le même sens, D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 195 et s. ; D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 438.

¹⁰⁴² P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 259.

d'inaliénabilité paraît devoir être sanctionnée par la nullité absolue, laquelle pourrait être invoquée par tout tiers intéressé car, estime-t-on, l'intérêt protégé est un intérêt collectif impliquant, entre autres, les usagers du domaine public¹⁰⁴³. En vue d'assurer l'intégrité matérielle de nombreuses dépendances du domaine public, un régime répressif assorti de sanctions pénales est par ailleurs prévu en droit français¹⁰⁴⁴. Le caractère inaliénable du domaine public a comme corollaire son imprescriptibilité.

2- L'imprescriptibilité des biens du domaine public

350. L'imprescriptibilité du domaine public qui découle de son inaliénabilité signifie qu'aucun particulier ne peut prescrire contre le domaine public, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou de biens immobiliers¹⁰⁴⁵. L'article 2226 du Code civil dispose à cet effet qu'on « *ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce* ». En principe, ni l'usucapion, ni la prescription immédiate octroyée par l'article 2279 du Code civil à l'acquéreur de bonne foi ne peuvent trouver à s'appliquer aux biens du domaine public¹⁰⁴⁶. Néanmoins, il est admis que si la prescription acquisitive ne peut jouer contre le domaine public, elle peut en revanche jouer à son profit, même parfois au-delà des limites fixées par le droit commun¹⁰⁴⁷. Ce caractère exorbitant du droit commun s'observe également quant à l'insaisissabilité des biens du domaine public.

3- L'insaisissabilité des biens du domaine public

351. Le caractère insaisissable des biens du domaine public participe d'une règle plus large, à savoir le privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques. En vertu de cette règle, il est interdit d'user de la contrainte pour obtenir l'exécution d'une obligation et même d'un jugement à charge d'une personne publique : cette règle entraîne donc une dissociation entre l'obligation juridique, même assortie d'un titre exécutoire, et sa sanction ultime soit le recours à la contrainte¹⁰⁴⁸. Le privilège de l'immunité d'exécution vise non seulement tous les biens du domaine public mais, d'une manière générale, tous les biens des personnes publiques y compris les biens relevant de leur domaine privé¹⁰⁴⁹. Cette règle générale est fondée sur l'idée que toute mesure d'exécution sur les biens des personnes publiques porte atteinte à la continuité du service public, et, en conséquence, à la permanence de l'Etat¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴³ D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 196.

¹⁰⁴⁴ Sur le régime de la police de conservation du domaine public en droit français, Cf. J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 23-24.

¹⁰⁴⁵ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 260 ; D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 201.

¹⁰⁴⁶ D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 201 ; *adde* : D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 439-440.

¹⁰⁴⁷ D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 202.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.* p. 186.

¹⁰⁴⁹ En ce sens, P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 261.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

352. Longtemps considérée comme un dogme¹⁰⁵¹, cette règle a connu quelques atténuations législatives en Belgique à la suite de sa remise en cause doctrinale et jurisprudentielle¹⁰⁵². On y a en effet estimé que si l'on ne pouvait dénier toute pertinence à l'idée générale qui fait prévaloir les exigences du service public dans la protection des biens des pouvoirs publics et l'exécution de leurs dettes, il ne pourrait par contre pas être admis qu'au nom de l'intérêt général, les personnes publiques puissent impunément méconnaître des droits manifestes et se soustraire à l'autorité de la chose jugée¹⁰⁵³. Par ailleurs en droit européen, s'est posée la question de la compatibilité de l'immunité d'exécution absolue des personnes publiques avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel à cette convention. La non-exécution, dans un délai raisonnable, d'obligations incombant aux personnes morales de droit public a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme comme une violation de l'article 1^{er} du protocole précité : on en a déduit que l'immunité d'exécution absolue serait elle aussi considérée comme incompatible avec la Convention européenne¹⁰⁵⁴.

353. On peut donc affirmer en définitive que l'insaisissabilité des biens du domaine public ne saurait être absolue dès lors que le privilège de l'immunité d'exécution des personnes publiques n'est plus compris de nos jours comme étant absolu. Ceci est d'autant plus vrai que la souplesse des différents contrats contemporains permet la conciliation, par de multiples procédés, de l'exécution forcée et la continuité du service public. Tel est par exemple le cas de la faculté de substitution qui permet au créancier saisissant de proposer à l'autorité publique un nouvel exploitant pouvant reprendre les obligations du débiteur défaillant¹⁰⁵⁵. On note cependant en France qu'en dépit des ouvertures réalisées par plusieurs juridictions de fond, la Cour de cassation paraît toujours y maintenir le principe d'insaisissabilité, comme conséquence de la personnalité morale de droit public, particulièrement en ce qui concerne les biens des établissements publics exerçant une activité commerciale¹⁰⁵⁶. L'indisponibilité du domaine public est également tempérée par la pratique, par l'autorité publique, de la désaffectation.

B- La désaffectation des biens du domaine public comme tempérament à l'indisponibilité du domaine public

354. En droit français, on estime que la domanialité publique est dotée d'une grande force expansive et s'applique automatiquement aux biens des personnes publiques remplissant les conditions matérielles d'appartenance au domaine public, sans qu'en principe l'autorité publique ait à édicter un acte formel de classement¹⁰⁵⁷. La simple décision

¹⁰⁵¹ Sur l'origine et l'évolution de la règle Cf. Isabelle Pingel-Lenuzza, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

¹⁰⁵² Pour un état de la question en droit belge, Cf. A.-M. Stranart et P. Goffaux, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412bis du Code judiciaire », JTbe, 1995, p. 437 et s ; *adde* : D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 440-442.

¹⁰⁵³ En ce sens Cf. D. Déom, « Le régime juridique du domaine public et du domaine privé » in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 187.

¹⁰⁵⁴ Ibid. p. 189.

¹⁰⁵⁵ P. Boucquoy et V. Ost citent à titre d'exemple la pratique développée par l'autorité gestionnaire du port d'Anvers en Belgique : P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 264 et plus précisément n° 96 et s.

¹⁰⁵⁶ L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, op. cit., p. 286.

¹⁰⁵⁷ Cf. J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 17. *Contra* cependant P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-

d'affectation au service public ou au service de tous ne suffit cependant pas : une telle décision doit faire l'objet d'une exécution concrète, c'est-à-dire que le bien dont l'autorité a décidé qu'il fait partie du domaine public doit effectivement être affecté au service public ou au service de tous, faute de quoi ce bien reste soumis au régime du domaine privé¹⁰⁵⁸. La doctrine admet généralement que, sauf décision contraire du législateur, l'autorité qui a la compétence d'affectation possède également la compétence de désaffectation : le parallélisme des formes s'applique donc en la matière¹⁰⁵⁹.

355. La désaffectation d'un bien du domaine public a pour conséquence de transférer ce bien au domaine privé ou dans le commerce juridique¹⁰⁶⁰. On souligne le caractère strict des conditions de cette désaffectation, ce qui se justifie par le souci d'éviter qu'un bien mis à l'usage de tous ou qui est indispensable à l'exercice d'un service public ne soit, sans contrôle, soustrait au régime de protection de la domanialité publique au détriment de la collectivité¹⁰⁶¹. La désaffectation doit en effet être décidée par l'autorité compétente, soit de manière expresse, soit exceptionnellement de manière tacite¹⁰⁶². Cette dernière hypothèse devrait cependant demeurer exceptionnelle et est subordonnée à la condition que l'acte posé par l'autorité soit univoque comme valant désaffectation¹⁰⁶³. En tout état de cause, il est affirmé que c'est le propriétaire qui a compétence pour décider de la désaffectation, car « la décision de désaffectation est regardée comme un attribut du droit de propriété¹⁰⁶⁴ ».

356. Pour la doctrine française cependant, le régime de domanialité publique survit à la désaffectation matérielle des biens des personnes publiques tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une mesure expresse de déclassement¹⁰⁶⁵. Ainsi, les biens du domaine public artificiel continuent d'appartenir au domaine public, même après leur désaffectation matérielle, tant que l'administration n'a pas prononcé leur déclassement¹⁰⁶⁶. Il résulte néanmoins de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français¹⁰⁶⁷ que la modification

privé », op. cit., p. 243 où ces auteurs affirment que, dans la plupart des cas, la décision d'affectation est expresse.

¹⁰⁵⁸ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 243.

¹⁰⁵⁹ Dans le même sens, Cf. M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 147.

¹⁰⁶⁰ En ce sens Cf. P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 243 ; *adde* : D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 436 ; M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 147-148. Pour d'autres auteurs, une fois sorti du domaine public, le bien est en principe régi par les règles du droit commun ou, à tout le moins, par un régime qui lui est proche : F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburgie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 330 ainsi que les références citées.

¹⁰⁶¹ En ce sens Cf. P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 244.

¹⁰⁶² *Ibid.* *adde* : F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburgie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 328.

¹⁰⁶³ D. Lagasse, *Les domaines public et privé. La voirie*, op. cit., p. 43 cité par P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 244.

¹⁰⁶⁴ J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif des biens*, p. 26 et 248, cité par M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 148.

¹⁰⁶⁵ J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 17.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

¹⁰⁶⁷ Sur les bases constitutionnelles du domaine public en France, Cf. Ch. Laviolle, « La constitution de droits réels sur le domaine public – Commentaire de la loi du 25 juillet 1994 portant réforme du code du domaine de

du régime domanial est conforme à la constitution pour autant que le législateur ne prive pas de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité du service public¹⁰⁶⁸. Dès lors, par l'intervention du législateur, le déclassement d'un bien qui demeure affecté est constitutionnel, pour autant que la continuité du service public ne soit pas entravée¹⁰⁶⁹. Pour ce qui est des biens appartenant au domaine public par l'affectation à l'usage de tous, le déclassement avec maintien de l'affectation semble également possible, à l'initiative du législateur, pour autant que les libertés publiques qui s'exercent sur ce domaine ne souffrent d'aucune entrave¹⁰⁷⁰.

357. Au vu de ces analyses, il semble admis qu'en droit français, la décision de déclassement devient plus importante que l'affectation¹⁰⁷¹. On estime toutefois que si l'affectation est un acte qui relève du pouvoir discrétionnaire, le déclassement à la seule initiative de l'administration n'est admissible qu'à la condition que l'affectation prenne fin : la situation n'est donc pas identique selon que le déclassement sans désaffectation est l'œuvre du législateur ou celle de l'administration¹⁰⁷². En effet, l'acte formel de déclassement pourrait encourir annulation lorsqu'il ne correspond pas à une désaffectation effective et actuelle¹⁰⁷³. Pour un auteur cependant, « *Si d'habitude déclassement sans désaffectation ne vaut, le Parlement peut passer outre*¹⁰⁷⁴ ». L'idée d'une dissociation entre la propriété du bien – et *a fortiori* sa soumission au régime de domanialité publique – et l'affectation de ce bien au service public semble ainsi se faire jour en France.

358. En droit belge, une partie de la doctrine affirme que l'idée que l'affectation peut être écartée ou différée malgré une situation d'appartenance objective au domaine public – comme nous venons de le voir pour ce qui est du droit français – est présente, notamment dans le but de s'assurer le concours d'un partenaire privé pour le financement d'une infrastructure et d'offrir à ce dernier la possibilité d'obtenir un droit réel ou une garantie réelle sur les biens en cause¹⁰⁷⁵. Néanmoins, cette même doctrine estime qu'en dehors des cas réglés par le législateur qui décide ou permet le déclassement de biens appartenant à une personne publique et encore affectés au service public ou à l'usage de tous selon leur nature, la décision prise par l'administration de désaffecter un bien encore affecté à l'usage public ou au service public n'est possible qu'à la condition que ladite administration mette également fin à l'affectation en fait au service ou à l'usage public en

l'Etat et de la décision du Conseil constitutionnel n° 94-346 du 21 juillet 1994 s'y rapportant », in R.F.D.A., 1994, p. 1106 et s.

¹⁰⁶⁸ Cons. Const. Fr., 21 juillet 1994, reproduit in R.F.D.A., 1994, op. cit., p. 1119.

¹⁰⁶⁹ Cette position a été réaffirmée dans une décision du même Conseil constitutionnel du 14 avril 2005, au sujet de la privatisation des aéroports de Paris désormais constitués en société anonyme laquelle, après déclassement, a reçu les aéroports en propriété alors même que ces derniers sont considérés comme « uniques, irremplaçables et indispensables ».

¹⁰⁷⁰ En ce sens, Cf. M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 149 ainsi que les auteurs cités.

¹⁰⁷¹ Ibid.

¹⁰⁷² Ibid.

¹⁰⁷³ J.-P. Lebreton et S. Manson (dir.), *Le domaine public*, in Documents d'études droit administratif, op. cit., p. 18.

¹⁰⁷⁴ P. Yolka, « ENA : une aliénation sans déclassement », in AJDA, 2005, p. 2313, cité par M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 149.

¹⁰⁷⁵ Cf. en ce sens M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 150 ainsi que les différentes hypothèses envisagées par cet auteur ; *adde* : P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 246.

cause¹⁰⁷⁶. Il semble en fin de compte qu'en l'état actuel du débat, l'administration n'a pas, en droit belge, le pouvoir de s'affranchir discrétionnairement du régime domanial¹⁰⁷⁷. Force est de constater que la volonté affirmée de découpler domanialité publique et affectation effective participe de la tendance qui remet fortement en cause les fondements et les règles de la domanialité elle-même.

Sous-section 2 : La tendance à la remise en cause de la conception classique de la domanialité publique : rigidités et inadaptations du système actuel

359. La volonté de découpler clairement domanialité et affectation effective éloigne de la justification du régime de la domanialité publique fondée sur le fait que certains biens constituent un instrument indispensable à l'action des pouvoirs publics, biens sans lesquels ces derniers ne pourraient accomplir les missions qui leur incombent. Il en résulte comme un décalage entre le champ d'application *rationae personae* de la domanialité publique et la finalité assignée à ce régime (I), tout comme se pose la question de la constitution de sûretés – notamment de droits réels – sur le domaine public (II).

I- Le décalage entre le champ d'application *rationae personae* de la domanialité publique et la finalité assignée à ce régime

360. Nous venons de voir que le domaine public n'existe que pour la finalité qu'il poursuit, c'est-à-dire l'utilité de la collectivité et précisément la sauvegarde du service public ou de l'usage collectif, d'où la protection dont il fait l'objet. Même si, comme nous l'avons vu, le droit français semble exiger qu'un bien pour appartenir au domaine public soit une propriété publique, on ne peut perdre de vue le fait que la protection dont jouit le domaine public est d'abord et avant tout fondée sur sa finalité. La domanialité publique n'a par conséquent pas pour but de protéger les intérêts patrimoniaux de la personne propriétaire du bien, mais de garantir l'affectation publique ou l'utilité publique de ce bien, cette dernière hypothèse n'étant *in fine* que le corollaire de la continuité du service public¹⁰⁷⁸. C'est en tout cas en ce sens que la doctrine belge entend la notion de domaine public, celle-ci faisant référence aux biens qui sont soit directement affectés à l'usage du public, soit spécifiquement aménagés pour un service public de sorte que leur aliénation mettrait en péril la continuité dudit service¹⁰⁷⁹.

361. Dans la mesure où le BOT suppose le financement, la construction voire dans certains cas la possession et l'exploitation d'infrastructures installées sur le domaine public, nous partageons la perplexité de certains auteurs qui critiquent l'attitude curieuse qui consiste à assigner au régime de la domanialité publique l'objectif de protection du service public, mais oriente et fait dépendre le champ d'application de ce régime du caractère public du gestionnaire du service¹⁰⁸⁰. Par ailleurs, il existe un décalage croissant entre la doctrine administrative officielle qui tend à encourager la rentabilisation des patrimoines publics,

¹⁰⁷⁶ M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 151 ainsi que les références citées.

¹⁰⁷⁷ Ibid.

¹⁰⁷⁸ En ce sens, P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 251 ainsi que les références citées.

¹⁰⁷⁹ D. Lagasse, *Les domaines public et privé. La voirie*, op. cit., p. 19 cité par P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 251.

¹⁰⁸⁰ En ce sens, Cf. P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 251.

et les principes traditionnels de la domanialité publique¹⁰⁸¹. En effet, certains biens demeurent à l'évidence indispensables à l'action des pouvoirs publics, mais sans devoir être nécessairement ni la propriété des personnes publiques, ni, lorsque c'est le cas, protégés par le régime de la domanialité publique¹⁰⁸². Pour certains auteurs français d'ailleurs, les règles relatives au domaine public artificiel constituent de simples archaïsmes du système juridique français et sont la cause du relatif marasme dans lequel se trouve le développement des concessions en France, en dépit du renouveau mondial du modèle concessif¹⁰⁸³.

362. Selon MM. Pascal Boucquey et Vincent Ost, pourquoi – si le but n'est pas de protéger le propriétaire du bien – soumettre à un régime spécifique certains biens affectés au service public, alors que les mêmes biens affectés au même service échapperaient à ce régime s'ils étaient possédés par une personne qui n'a pas la qualité de personne morale de droit public ?¹⁰⁸⁴ Dès lors, le transfert de la gestion d'une activité à un partenaire privé – étant entendu que ce transfert a pour effet de soustraire les biens en cause au régime de domanialité publique – ne signifie nullement que cette activité perd son caractère de service public¹⁰⁸⁵. M. Philippe Yolka va plus loin lorsqu'il estime que l'on ne voit pas pourquoi, alors que les raisons qui avaient motivé l'assimilation de la gestion publique à celle des services publics ont disparu, il faudrait considérer que la gestion domaniale consiste en une activité de service public sous le seul prétexte qu'elle ne relève pas de l'idée de gestion privée¹⁰⁸⁶.

363. La solution à cette difficulté ne semble cependant pas consister à étendre les prérogatives de la domanialité publique aux biens appartenant aux personnes privées et affectés à un service public¹⁰⁸⁷. En effet, outre la difficulté qu'il y aurait à délimiter le service public (fonctionnel), les exigences des règles de la domanialité publique – voire

¹⁰⁸¹ En ce sens Cf. P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 347.

¹⁰⁸² V. M. Pâques, « Présentation, champ d'application, nature et composition du domaine », in *Domaine public, domaine privé - Biens des pouvoirs publics*, op. cit., p. 151 ; *adde* dans le même sens Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 572-573.

¹⁰⁸³ D. Linotte et B. Cantier, « 'Shadow Tolls' : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », *AJDA*, novembre 2000, op. cit., p. 864 où ces auteurs précisent (Cf. note 9) que le maintien du régime de domanialité publique pour ce qui est des biens d'infrastructures paraît difficilement justifiable au regard des inconvénients présentés par ce système, en particulier des obstacles qu'il peut créer au financement de certains projets de partenariat public-privé ; *adde* : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 571-572 où l'auteur affirme que par son excessive rigueur, l'évolution des dernières années a signé sa propre condamnation dialectique.

¹⁰⁸⁴ P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 251. Ces auteurs illustrent leur propos par trois exemples et non des moindres à savoir : les modifications successives du statut de l'aéroport de Bruxelles-National – lequel a changé quatre fois de régime juridique entre 1987 et 2004 au gré de la transformation de la personne morale propriétaire –, les biens propres du concessionnaire d'un service public, ainsi que les biens construits par le concessionnaire de travaux publics. Dans ces trois exemples (privatisation d'une activité de service public, concession de service public et concession de travaux publics), les auteurs constatent qu'il ne fait aucun doute que le bien détenu par la personne privée est affecté à une activité considérée comme de service public.

¹⁰⁸⁵ P. Boucquey et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 254.

¹⁰⁸⁶ P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 287.

¹⁰⁸⁷ *Contra* cependant E. Fatôme, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », in *AJDA*, janvier 2003, p. 26 où l'auteur affirme que « (...) comme le principe de continuité du service public est un principe à valeur constitutionnelle, il paraît malgré tout logique de considérer que le législateur n'a admis cette possibilité de constituer des hypothèques sur des biens affectés à des services publics que sous réserve que l'administration veille à ce qu'elle soit utilisée de telle manière que la continuité des services publics soit toujours garantie ».

même l'exigence d'une désaffectation préalable des biens du domaine public – peuvent constituer un véritable obstacle pour des projets BOT¹⁰⁸⁸. Néanmoins, si on peut conclure qu'il ne paraît pas opportun d'étendre le régime de la domanialité publique aux biens des personnes privées affectés à un service public, force est de constater en revanche qu'aucune raison valable ne paraît justifier la distinction faite entre des biens affectés au même service public, ceux dont sont propriétaires les personnes publiques et ceux dont sont propriétaires les personnes privées¹⁰⁸⁹.

364. Nous approuvons l'observation selon laquelle les régimes d'appropriation publique permettent à l'Etat contemporain d'appréhender, sous la nécessité publique, la propriété des investissements transnationaux (hypothèse de la confiscation publique) ou de la limiter en encadrant leurs modalités (hypothèse de la limitation publique)¹⁰⁹⁰. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à proposer que la distinction entre domaine public et domaine privé soit supprimée, de sorte que l'on considère que tous les biens des personnes publiques relèvent du domaine privé et que des règles particulières s'appliquent à certains biens en fonction de leur utilité¹⁰⁹¹. En fin de compte, c'est la raison d'être même du régime de domanialité publique qui interpelle puisque la continuité du service public peut être assurée par des règles et pratiques souvent bien plus souples. Le système actuel renforce les difficultés quant à l'association de personnes privées à la réalisation de projets d'intérêt général puisqu'alors se pose également la question de la constitution de sûretés sur le domaine public.

II- La question de la constitution de sûretés sur le domaine public

365. Envisagées classiquement comme outil de protection, les règles applicables aux biens du domaine public semblent constituer de nos jours un véritable obstacle à leur valorisation. On a en effet noté que sous la pression des nécessités économiques, une théorie des occupations privatives propre au droit public s'est dégagée en France au début du XX^{ème} siècle : il s'agit de la théorie des droits réels administratifs¹⁰⁹². Le but de cette théorie était de « couler dans le moule du droit réel certaines situations de droit public » et d'ainsi gérer la tension entre deux impératifs contradictoires : la disponibilité du domaine public entre les mains de l'administration et la sécurité juridique nécessaire à la rentabilisation des fonds privés qui s'y trouvent investis¹⁰⁹³. Il en résulte que si les prérogatives de l'occupant du domaine public ne peuvent être considérées comme des droits réels civils, c'est essentiellement parce que les exigences de l'affectation les marquent du sceau de la précarité¹⁰⁹⁴.

366. La jurisprudence française semble considérer la précarité comme un élément commun à toutes les occupations du domaine public¹⁰⁹⁵. Or, observe-t-on, un droit réel, bien que

¹⁰⁸⁸ P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 254.

¹⁰⁸⁹ Ibid. p. 256.

¹⁰⁹⁰ En ce sens, Cf. L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, op. cit., p. 274.

¹⁰⁹¹ Cf. notamment S. Van Garsse, *De concessie in het raam van het publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2007, p. 63 et s. cité par D. Batselé, T. Mortier et M. Scarcez, *Manuel de droit administratif*, op. cit., p. 432.

¹⁰⁹² Sur l'élaboration et l'évolution de cette théorie, Cf. P. Yolka, *La propriété publique – Eléments pour une théorie*, op. cit., p. 311 et s.

¹⁰⁹³ Ibid. ainsi que la note 1 citée par l'auteur.

¹⁰⁹⁴ Ibid. p. 323.

¹⁰⁹⁵ Cf. particulièrement CE.fr, 4 février 1983, Ville de Charleville-Mézières, Rec., p. 45.

perpétuel ou très stable, peut s'avérer tout à fait compatible avec une affectation donnée tandis qu'en sens inverse, une utilisation précaire peut se révéler incompatible avec cette destination¹⁰⁹⁶. La précarité entraîne deux conséquences à savoir : la possibilité pour l'autorité publique d'abroger de plein droit et à tout moment le titre d'occupation ainsi que l'absence de droit au renouvellement de ce titre¹⁰⁹⁷.

367. La jurisprudence belge paraît même consacrer le caractère essentiellement précaire de l'occupation du domaine privé des personnes publiques. En effet, certains auteurs belges semblent déduire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge du 12 mars 2003 (arrêt n° 32/2003) que l'autorité publique resterait libre d'insérer dans les contrats qu'elle conclut à propos des biens de son domaine privé – qui plus est – des clauses de résiliation que le droit commun interdit¹⁰⁹⁸. Or, la doctrine française estime que le principe d'inaliénabilité des biens des personnes publiques n'a pas valeur constitutionnelle, ce dont elle déduit que les biens du domaine privé – soumis en principe au droit commun – ne pourraient en principe se voir appliquer le principe d'inaliénabilité¹⁰⁹⁹. Comme l'a remarqué Mme Nicinski en effet, la fonction du principe d'inaliénabilité fait l'objet d'une lente dérive : celui-ci ne sanctionne plus uniquement la constitution de droits réels au profit d'investisseur privés, mais la constitution de tous droits étendus et puissants, qui n'ont plus rien de patrimonial, dans le seul et unique but de protéger non plus le domaine en tant que richesse, mais le domaine en tant que support d'une activité de service public¹¹⁰⁰.

368. Plus fondamentalement, on relève que malgré les efforts répétés et systématiques de la doctrine et de la jurisprudence, la notion de domaine public demeure insaisissable et ses critères de délimitation difficilement applicables : une telle situation est une source d'insécurité juridique qui complique la réalisation des investissements nécessaires dans le cadre de partenariats public-privé ainsi que l'obtention des crédits en vue de permettre ce type d'opérations¹¹⁰¹. Cette difficulté s'illustre de manière aiguë dans les hypothèses de

¹⁰⁹⁶ En ce sens Cf. P. Yolka, *La propriété publique – Eléments pour une théorie*, op. cit., p. 403. La précarité permettrait simplement de faire cesser l'incompatibilité qui résulterait d'un éventuel changement d'affectation de la dépendance occupée.

¹⁰⁹⁷ Ibid. p. 324.

¹⁰⁹⁸ En ce sens, M. Pâques, « Observations liminaires sur la consistance, le régime et les modes d'occupation du domaine public », Séminaire IFE du 27 janvier 2005, p. 4 cité par F. Moïses, J.-F. Jaminet et A. Vandenburgie, *Promotion immobilière publique – Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, op. cit., p. 330.

¹⁰⁹⁹ V. en ce sens, E. Fatôme, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », in AJDA, janvier 2003, op. cit., p. 25 ainsi que la référence à P. Yolka mentionnée par l'auteur ; *adde* : L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in RDAI, n° 3, 2005, op. cit., p. 284 où cet auteur affirme que même dans un pays comme la France qui proclame le principe d'inaliénabilité de manière solennelle, celui-ci n'a jamais reçu une valeur constitutionnelle, ce qui autorise le législateur à procéder à tous les déclassements ou dérogations qu'il juge utile, sous le contrôle vigilant des cours ou conseils constitutionnels.

¹¹⁰⁰ S. Nicinski, « 'Lease' américain, équipements publics et droit administratif », AJDA, juin 2001, p. 539. Pour l'auteur, l'intérêt du *lease* réside dans le fait que les particularités mêmes du montage mettent en évidence le caractère injustifié de cette nouvelle fonction d'« hyperprotection » assignée au principe d'inaliénabilité. Il y a par conséquent une difficulté de conclure en France une opération de *lease*, laquelle suppose que la collectivité publique accorde la propriété économique de l'équipement – public par définition – au *trust* américain chargé de prendre en location lesdits équipements. Dès lors, s'il faut considérer la propriété économique comme un droit réel, la conséquence en est que le principe de l'inaliénabilité s'opposant à la constitution de droits réels sur le domaine public, le *lease* devra être adossé à des autorisations d'occupation du domaine public constitutives de droits réels ; il faut alors remplir les conditions d'obtention de telles autorisations.

¹¹⁰¹ En ce sens, Cf. P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 247.

silence de la loi sur la propriété des ouvrages ou équipements publics¹¹⁰². Il semble en effet difficile de distinguer, dans une concession, les biens de retour des biens de reprise si l'on admet que dans le silence de la loi les principes généraux d'organisation du service public peuvent exiger que tout ou partie des équipements publics fassent partie du domaine public. Or, on reconnaît que dans le cadre d'une concession, tous les biens des services concédés ne peuvent de plein droit être rangés dans la catégorie des biens de reprise, mais que certains d'entre eux-ci doivent constituer des biens de retour pour pouvoir appartenir au domaine public et bénéficier de la protection qui résulte de cette appartenance¹¹⁰³.

369. Les opérations de BOT suscitent ainsi de nombreuses questions dont notamment celle de la possibilité de consentir une hypothèque sur les ouvrages ou équipements construits et celle de la réalisation éventuelle de la sûreté ainsi constituée ou encore la question du respect de la durée d'amortissement des ouvrages construits. Il résulte en effet du régime de la domanialité publique que ni la parcelle occupée (celle-ci étant inaliénable), ni le droit d'occupation (celui étant précaire) ne peuvent, par exemple, être hypothéqués. En France, le juge administratif a toutefois eu l'occasion de reconnaître à plusieurs reprises l'existence d'un droit de superficie au profit de l'occupant privatif du domaine public¹¹⁰⁴. Bien plus, l'ordonnance du 17 juin 2004 (évoquée à plusieurs reprises *supra*) sur les contrats de partenariats, est considérée comme consacrant une avancée marquante dans le droit du domaine public en France dans la mesure où elle autorise le financement privé d'infrastructures publiques, ce qui n'était pas envisageable auparavant même sous le couvert de la loi du 25 juillet 1994 précitée¹¹⁰⁵. En Belgique, dans son arrêt précité du 18 mai 2007¹¹⁰⁶, la Cour de cassation après avoir rappelé que la renonciation au droit d'accession emporte l'établissement d'un droit de superficie¹¹⁰⁷ décide que : « *Si un bien constitue une dépendance du domaine public, il est ainsi destiné à l'usage de tous ; nul ne peut, dès lors, acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. (...) Toutefois, dans la mesure où un droit de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public* ».

¹¹⁰² Voir sur la question E. Fatôme, « A propos de l'apport en garantie des équipements publics », in AJDA, janvier 2003, op. cit., p. 22-25.

¹¹⁰³ Ibid. p. 24 où l'auteur cite Yves Gaudemet qui affirme : « *C'est pourquoi la question se pose avec acuité de la liberté des parties à la concession de déterminer les biens de retour et les biens de reprise (ces derniers étant exclus de la domanialité publique, mais, pouvant revenir – le cas échéant gratuitement – au concédant en fin de concession). Il convient, pensons-nous, de reconnaître aux parties à cet égard une certaine liberté contractuelle, dans la limite simplement de la bonne fin du service concédé et, plus particulièrement, des exigences de continuité de celui-ci.* »

¹¹⁰⁴ Cf. notamment en ce sens CE.fr, 4 mars 1991, *Palanque*, Rec., p. 976 ; CE.fr, 27 février 1995, *Secrétaire d'Etat à la mer c/ Torre*, Rec. p. 109.

¹¹⁰⁵ Cf. en ce sens, P. Boucquoy et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 291.

¹¹⁰⁶ Pour un commentaire de cet arrêt, Cf. D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », obs. sous Cass., 1^{ère} ch., 18 mai 2007, Rev. not. belge, p. 631.

¹¹⁰⁷ Pour rappel, un droit de superficie est, aux termes de l'article 1^{er} de la loi belge du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. Conformément à l'article 6 de cette même loi, à l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds, à charge par lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au superficiaire, qui, jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention.

370. Malgré ces évolutions notables, le régime de la domanialité publique dans son ensemble permet de maintenir des solutions anciennes dans un contexte nouveau¹¹⁰⁸. Ainsi par exemple de la dualité domaniale qui est fondamentalement remise en cause par l'exploitation économique du domaine public : on peut noter l'existence dans le domaine privé de biens (les forêts par exemple) qui sont juridiquement hors du commerce tandis que le domaine public n'est plus hors du commerce au sens économique¹¹⁰⁹. De même, est-il suggéré un dépassement de la vision traditionnelle des droits réels administratifs, ce qui se traduirait par une révision des conceptions relatives à l'inaliénabilité ainsi qu'une évolution dans la manière de concevoir l'opposabilité. Un droit réel administratif serait alors opposable, au même titre qu'un droit réel civil, à la différence que le droit réel administratif se décomposerait en deux volets : son titulaire pourra opposer pendant la durée de l'autorisation, un droit à occupation et, en cas d'abrogation de son titre, un droit à indemnité¹¹¹⁰.

371. Au regard des difficultés suscitées par la domanialité publique, la formule du BOT est souvent présentée comme ayant le mérite de la clarification de la question de la propriété des biens puisque les conventions qui en résultent établissent clairement le régime de propriété des biens construits, puis exploités avant le transfert de propriété en fin de contrat¹¹¹¹. Certains auteurs affirment cependant qu'un partenariat public-privé ne devrait pas servir de prétexte à l'autorité pour une désaffectation automatique dans le but de permettre la constitution de droits réels ou de sûretés réelles sur les biens faisant l'objet d'un tel partenariat¹¹¹². Pour M. Philippe Yolka plus généralement, c'est tout le problème de la capacité des formules du droit public à mobiliser les investisseurs privés qui ainsi est posé¹¹¹³. Il conviendrait par conséquent de revoir et d'adapter toute la logique de la domanialité publique aux réalités économiques contemporaines¹¹¹⁴. Le débat semble se

¹¹⁰⁸ Pour M. Yolka, le principe d'inaliénabilité, duquel aurait dû découler une simple règle de procédure, est devenu une règle de fond interdisant la constitution de droits réels de sorte que paradoxalement, il paraît plus facile d'aliéner (moyennant déclassement) une dépendance du domaine public que de le grever d'une servitude. « *L'inaliénabilité apparaît comme le type même de ces prérogatives de puissance publique qui se muent en sujétions, car la prohibition des démembrements de la propriété publique constitue un obstacle presque dirimant aux montages contractuels qui en permettraient la valorisation* » : P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 337-338.

¹¹⁰⁹ En ce sens Cf. P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 524.

¹¹¹⁰ Ibid. p. 405-406 ; *adde* : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 576 où, sans envisager l'hypothèse d'un droit à l'indemnité, l'auteur propose la reconnaissance de plein droit de droits réels sur les installations réalisées par l'occupant domanial, une telle reconnaissance se faisant toutefois dans les limites du titre d'occupation dont le but est de préserver les exigences du domaine occupé.

¹¹¹¹ Voir en ce sens, L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in *RDAI*, n° 3, 2005, op. cit., p. 285.

¹¹¹² P. Boucquet et V. Ost, « La domanialité publique à l'épreuve des partenariats public-privé », op. cit., p. 247. Pour ces auteurs, un bien affecté au service public ou à l'usage de tous ne peut, sauf disposition législative contraire, être désaffecté pour les seuls besoins de financement alors que cette affectation perdure.

¹¹¹³ P. Yolka, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, op. cit., p. 387. Pour cet auteur, plutôt que se résoudre à une patrimonialité « honteuse », dans laquelle d'aucuns ont vu un retour à la vénalité des offices de l'Ancien Régime, il conviendrait de reconnaître à l'occupant la propriété d'un fonds de commerce sur le domaine public (Cf. p. 333-334).

¹¹¹⁴ Dans le même sens, L. Rapp, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in *RDAI*, n° 3, 2005, op. cit., p. 288 où l'auteur affirme que c'est au prix de l'évolution des concepts et finalement de l'approche de la propriété publique, au-delà des régimes juridiques, que les actifs d'un Etat-hôte peuvent devenir propres au financement des investissements internationaux (et même nationaux selon nous) ; *adde* : Y. Gaudemet, « L'avenir du droit des propriétés publiques », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 576.

poser dans les mêmes termes en ce qui concerne les règles et principes budgétaires et comptables qui gouvernent l'action des autorités publiques.

SECTION III : LES RÈGLES ET PRINCIPES BUDGÉTAIRES ET COMPTABLES DE DROIT PUBLIC

372. Les finances publiques sont souvent perçues comme étant une boîte noire de la contrainte financière, une technique mise en œuvre par les seuls spécialistes. En réalité cependant, elles constituent le noyau dur de l'action publique et de la vie sociale¹¹¹⁵. En effet, les attentes croissantes envers les autorités publiques, exprimées aussi bien par les citoyens que par les acteurs économiques, impliquent une augmentation constante des moyens financiers publics¹¹¹⁶. La question de savoir pourquoi l'Etat dépense semble être vaste. Aucune théorie générale ne paraît s'imposer en la matière, mais un consensus semble émerger pour qualifier l'Etat dépensier par les trois temps de la formation, du libéralisme et de l'interventionnisme¹¹¹⁷. L'augmentation contrainte et exponentielle des budgets publics ne semble cependant pas constituer une réponse durable et adéquate aux attentes précitées, car une telle augmentation ne peut en effet qu'entraîner une dette publique importante ainsi qu'un taux d'imposition élevé à tous les niveaux des collectivités publiques¹¹¹⁸.

373. La mise en œuvre des BOT peut permettre, dans une certaine mesure, de résoudre certaines difficultés ou, tout au moins, d'en réduire l'incidence sur les projets de services ou de biens collectifs. Cependant, le BOT demeure encadré et influencé par les règles et principes budgétaires et comptables ainsi que par la fiscalité publics. Si nous n'examinerons pas les règles fiscales influençant la mise en œuvre des BOT (Cf. notre propos introductif), il convient par contre, au vu de leur impact sur de telles opérations, de présenter les règles et principes budgétaires et comptables susceptibles d'influencer et/ ou de les gouverner (sous-section 1). Il sera alors intéressant d'apprécier par la suite l'impact de telles règles sur la mise en place d'un BOT (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les règles et principes budgétaires et comptables susceptibles d'influencer et/ou de régir une opération de BOT

374. Les autorités publiques, comme la majorité des organismes qu'elles créent, sont soumis à un certain nombre de règles et principes budgétaires et comptables stricts. Ces règles et principes ne sont pas toujours compatibles avec la réalisation de projets de grande envergure étalés sur une longue période. En outre, ces autorités sont sujettes à de nombreux contrôles tendant à s'assurer de l'utilisation régulière de leurs budgets. La mise en œuvre d'un BOT est par conséquent tributaire des règles budgétaires (I) ainsi que des règles et principes comptables (II) gouvernant les actions du partenaire public. Rappelons que le partenaire public est ici entendu au sens plus général de collectivité politique, dans la mesure où les règles et principes budgétaires et comptables applicables à ces collectivités sont différents de ceux appliqués aux organismes publics.

¹¹¹⁵ En ce sens, M. Leroy, *Sociologie des finances publiques*, Paris, Editions La Découverte, 2007, p. 5.

¹¹¹⁶ Dans le même sens, B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) » in *Les partenariats public-privé (PPP) : un défi pour le droit des services publics*, op. cit., p. 319 où ces auteurs précisent que de telles attentes confèrent également au secteur public une place de plus en plus prépondérante dans les économies nationales et internationales.

¹¹¹⁷ M. Leroy, *Sociologie des finances publiques*, op. cit., p.7.

¹¹¹⁸ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 319.

I- Les règles et principes budgétaires applicables au partenaire public

375. Le budget du partenaire public s'entend ici de l'acte qui prévoit et qui autorise – généralement en la forme législative et par une assemblée représentative – les charges et les ressources du partenaire public¹¹¹⁹. Le budget du partenaire public est par conséquent un acte d'autorisation et de prévision¹¹²⁰, lequel est soumis à un certain nombre de règles et principes. Tous les auteurs ne s'accordent cependant pas sur le nombre et le contenu de ces derniers¹¹²¹. Certains estiment néanmoins que quatre principes essentiels peuvent être dégagés et qui affectent plus ou moins la mise en œuvre d'un PPP¹¹²², et partant d'un BOT. Il s'agit des principes de l'annualité et de l'universalité du budget (A) ainsi que des principes de spécialité du budget et de non-affectation des recettes (B).

A- Les principes de l'annualité et de l'universalité du budget

376. Le principe de l'annualité budgétaire est considéré comme le plus subtil et le plus controversé des grands principes budgétaires¹¹²³. Il implique que le budget est établi chaque année pour un an¹¹²⁴. Concrètement, il impose que le budget soit voté avant le commencement de l'année budgétaire (c'est en cela qu'il est une autorisation préalable), ensuite qu'il soit approuvé chaque année par l'assemblée compétente, et enfin qu'il ne comprenne que des dépenses et des recettes se rapportant à une année budgétaire déterminée¹¹²⁵. L'annualité budgétaire limite par conséquent dans le temps la validité des autorisations de dépenses¹¹²⁶.

377. Le principe d'universalité implique que doivent figurer dans les autorisations budgétaires et dans les comptabilités d'exécution « *toutes les dépenses et toutes les recettes sans compensation entre elles* »¹¹²⁷. Outre l'objectif de clarté des opérations budgétaires, ce principe se justifie par la nécessité de chaque dépense de l'autorité publique, ce qui entraîne comme conséquence l'interdiction de toute compensation d'une dépense par une recette correspondante¹¹²⁸.

B- Les principes de spécialité du budget et de la non-affectation des recettes

378. Le principe de spécialité du budget impose que toutes les dépenses soient détaillées par programme¹¹²⁹, puis par article budgétaire ou allocation de base¹¹³⁰. Il empêche par

¹¹¹⁹ En ce sens, L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, 18^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 213.

¹¹²⁰ Ibid.

¹¹²¹ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 335 et les références citées par ces auteurs en note 53.

¹¹²² Ibid.

¹¹²³ En ce sens, F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 26.

¹¹²⁴ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 220.

¹¹²⁵ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 335.

¹¹²⁶ F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 26.

¹¹²⁷ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 220.

¹¹²⁸ Ibid. ; *adde* : B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 336.

¹¹²⁹ Cette unité d'affectation présente en droit belge, a été adoptée en droit français la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Cf. sur cette loi : M. Bouvier, « La loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de Finances », in AJDA, 2001, p. 7876 et s.

¹¹³⁰ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 336.

ailleurs tout dépassement budgétaire pour chacune des allocations prévues¹¹³¹. On estime que l'autorisation de l'assemblée représentative n'aurait aucun sens si elle portait sur des dépenses dont l'objet ne serait pas clairement identifié, ou ne le serait que très vaguement¹¹³². En droit français par exemple, l'autorisation de dépenses porte le nom de « crédit ». Ce dernier se définit par l'existence d'une autorisation de faire une dépense déterminée de sorte que la notion de crédit recouvre alors un aspect juridique, ce qui la détache de l'existence matérielle des fonds¹¹³³. Chaque crédit est déterminé non seulement dans son montant, mais également dans sa destination¹¹³⁴. Une telle pratique affecte par conséquent la manière dont les recettes sont gérées.

379. La règle de non-affectation des recettes implique quant à elle que les recettes ne devraient être ni affectées, ni spécialisées, tout devant rentrer dans la masse générale¹¹³⁵. Ceci évite qu'une dépense ne soit subordonnée à une recette, ce qui rendrait l'exécution du budget plus ou moins aléatoire¹¹³⁶.

380. En pratique toutefois, les principes budgétaires ci-dessus présentés ainsi que tous les autres principes et règles budgétaires connaissent des exceptions ou des aménagements afin de les adapter aux situations économiques et sociales du moment. Ces exceptions sont souvent organisées par les lois qui mettent en œuvre le budget et peuvent se manifester par diverses techniques de débudgétisation¹¹³⁷. Le but des règles et principes comptables applicables au partenaire public est justement de s'assurer de l'effectivité ainsi que de l'efficacité du budget.

II - Les règles et principes comptables applicables au partenaire public

381. En tant que collectivité politique, le partenaire public d'un BOT est ou devrait être soumis à des règles et principes comptables qui en principe gouvernent tant l'exécution du budget (A) que le contrôle de telle exécution (B).

A- Les règles et principes comptables visant l'exécution du budget

382. L'exécution du budget se traduit par un certain nombre d'opérations d'exécution assurées par des agents aux fonctions déterminées par rapport à cette exécution. En droit

¹¹³¹ Ibid.

¹¹³² En ce sens, F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 33.

¹¹³³ En ce sens, L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 222.

¹¹³⁴ Ibid.

¹¹³⁵ En ce sens, F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p.33 ; L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 224.

¹¹³⁶ En ce sens, B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 336 ; F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 19.

¹¹³⁷ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 336. Selon ces auteurs, la débudgétisation consiste à soustraire du budget d'une autorité publique un certain nombre de dépenses, par exemple par le recours à l'emprunt ou par la constitution d'une personne juridique distincte dont l'objet est de financer ou de supporter les dépenses en cause ; *adde* : F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 38 où ces auteurs présentent un autre procédé de débudgétisation qui consiste à transférer les charges budgétaires du budget général vers les comptes spéciaux du trésor et les budgets annexes. Ceux-ci décrivent par ailleurs la « non-débudgétisation » qui consiste à exécuter certaines dépenses budgétaires de l'Etat comme des opérations de trésorerie.

français notamment, l'exécution du budget comporte deux phases distinctes confiées à des autorités différentes et séparées (les ordonnateurs et les comptables)¹¹³⁸ :

- la phase administrative, au cours de laquelle les opérations sont prescrites et réalisées et la dette ou la créance de l'Etat appréciée avec précision. Cette phase comprend l'engagement, la liquidation et l'ordonnancement des dépenses ou la liquidation de la recette et l'établissement du titre ;
- la phase comptable, constituée par le versement ou la réception des fonds.

Cette séparation, pour technique qu'elle puisse paraître, aurait un caractère juridique très marqué¹¹³⁹ en ce qu'elle permettrait que l'administrateur et le comptable se surveillent l'un l'autre : l'administrateur doit avoir le souci de faire fonctionner le service tandis que le comptable est un gardien de la légalité¹¹⁴⁰.

383. En Belgique, l'exécution budgétaire de la commande publique se décompose en quatre phases principales¹¹⁴¹ :

- la phase de l'engagement juridique, qui est celle qui ouvre toute procédure normale de dépense : il s'agit de l'acte par lequel l'autorité publique concernée se rend débitrice¹¹⁴² ;
- la deuxième phase est celle de la liquidation provisoire et définitive de la dépense : la liquidation « provisoire »¹¹⁴³ est l'acte par lequel le ministre, ou le fonctionnaire délégué à cet effet, reconnaît la dette de l'Etat et en arrête le montant ;
- l'ordonnancement constitue la troisième phase de la procédure : elle est scindée en deux périodes dont la première au niveau de l'administration dépensière et la seconde au niveau de l'administration de la trésorerie¹¹⁴⁴.
- la dernière phase est celle du paiement de la dépense.

384. En vertu du principe de spécialité du budget cependant, les dépenses ne peuvent être engagées qu'à concurrence des crédits budgétaires préalablement approuvés. On estime que les réalisations peuvent néanmoins dépasser les prévisions – ce qui arriverait fréquemment – et rendre les autorisations budgétaires insuffisantes¹¹⁴⁵. C'est en partie pour contrer ces dépassements qu'est institué le contrôle de l'exécution du budget.

¹¹³⁸ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 225.

¹¹³⁹ Par conséquent en droit français, le comptable ne peut que contrôler la régularité juridique du titre émis, sans juger de l'opportunité de la dépense ou de la recette tandis que l'ordonnateur ne peut manier des fonds sous aucun prétexte, au risque de devenir comptable de fait : L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 225.

¹¹⁴⁰ Ibid.

¹¹⁴¹ Cf. en ce sens, D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 123.

¹¹⁴² Sur le plan comptable, l'engagement consiste en l'inscription du montant des obligations nées à la charge de l'autorité publique dans le registre du contrôleur des engagements.

¹¹⁴³ La dénomination « provisoire » était propre au régime financier belge dans la mesure où la Cour des comptes devait viser les dépenses et procéder, à cette occasion, à de nouvelles investigations qui prenaient la qualification de liquidation définitive (Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 124-125) : la Cour des comptes ne peut désormais, en Belgique, effectuer qu'un contrôle a posteriori de l'exécution du budget (Voir *infra*).

¹¹⁴⁴ Pour les détails de cette phase, Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 125.

¹¹⁴⁵ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 339 où ces auteurs précisent que diverses procédures, variables selon l'urgence de la dépense, permettent de pallier ce problème lors de l'exécution du budget.

B- Les règles et principes comptables visant le contrôle de l'exécution du budget

385. Le contrôle de l'exécution du budget est varié et assuré par de nombreuses institutions¹¹⁴⁶. Les contrôles sont soit administratifs (contrôles hiérarchiques ou contrôles de l'administration des finances sur les ordonnateurs), soit encore parlementaires, soit enfin juridictionnels. Les contrôles parlementaires se réalisent notamment en cours d'exécution du budget et sont fondés sur l'ensemble des pouvoirs de contrôle dont les assemblées représentatives jouissent vis-à-vis du gouvernement ou autres autorités publiques¹¹⁴⁷. Le contrôle juridictionnel est assuré par la Cour des comptes. Cet organisme juridictionnel existait déjà en France sous l'Ancien régime¹¹⁴⁸. En Belgique, la Cour des comptes ne peut dorénavant effectuer qu'un contrôle *a posteriori* de l'exécution du budget¹¹⁴⁹.

386. Les principes et règles budgétaires et comptables que nous venons de présenter succinctement influencent et gouvernent, dans une large mesure, les PPP en général et les opérations de BOT en particulier. Ils sont cependant susceptibles d'entraver voire d'empêcher la mise en œuvre de ces opérations, d'où la nécessité de leur appréciation critique.

Sous-section 2 : Appréciation critique du régime budgétaire et comptable applicable au partenaire public dans une opération de BOT

387. Le régime budgétaire et comptable sus-présenté, applicable au partenaire public, et pouvant régir ou influencer les BOT est susceptible d'entraver, voire même d'empêcher, la mise en œuvre de ce type d'opérations. En effet, ces principes paraissent inadaptés par rapport aux opérations de BOT (I), ce qui entraîne la nécessité d'établir des règles adéquates et claires en vue du traitement budgétaire et comptable de ces opérations (II).

I - L'inadaptation des règles et principes budgétaires et comptables classiques par rapport aux nécessités des opérations de BOT

388. Si la conception traditionnelle du budget public autonome, limité aux recettes et aux dépenses d'une entité juridique, reste structurante pour le droit budgétaire, on estime que cette conception est battue en brèche par les pratiques de cofinancements¹¹⁵⁰ et ne peut par ailleurs ni rendre compte des coûts contractuels liés à chaque marché, ni fournir aux acheteurs publics les données indispensables au suivi et à la maîtrise de tels coûts¹¹⁵¹. Ainsi, malgré le fait que ces principes admettent de nombreuses exceptions¹¹⁵², ces exceptions demeurent insuffisantes et présentent certains inconvénients, ce qui traduit

¹¹⁴⁶ En ce sens, L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 228 ; B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 340.

¹¹⁴⁷ Dans le même sens, L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 228.

¹¹⁴⁸ Ibid. p. 229.

¹¹⁴⁹ B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 340.

¹¹⁵⁰ M. Leroy, *Sociologie des finances publiques*, op. cit., p. 35.

¹¹⁵¹ Cf. en ce sens T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », Texte présenté à la 17^{ème} conférence annuelle de la Society for the Advancement of Socio-Economics (Budapest, 30 juin-2juillet 2005), p. 2.

¹¹⁵² Ainsi par exemple la technique des crédits dissociés (en droit belge) ou encore, en droit français, la technique des crédits consolidés, la reconduction du budget, le budget biennal ou triennal.

indéniablement l'inadaptation de tels principes. Pour certains auteurs en effet, « *La mise en œuvre des contrats de partenariats à cadre comptable public inchangé pourrait s'avérer porteuse de nouveaux risques de dérives* »¹¹⁵³. On estime ainsi par exemple que la règle de l'annualité budgétaire s'intègre mal dans le cadre économique (actuel) dans la mesure où les prévisions d'ordre économique et financier doivent se faire sur une période plus longue¹¹⁵⁴. Par ailleurs, combiné avec le principe de spécialité du budget, le principe d'annualité du budget paraît incompatible avec la réalisation de grands projets d'infrastructure car, certains travaux entraînent des dépenses excédant les possibilités d'un seul budget : il s'impose alors soit de les couvrir par un emprunt, soit de les étaler sur un certain nombre d'exercices¹¹⁵⁵.

389. Si on a pu estimer que la répartition des dépenses sur plusieurs exercices budgétaires – par recours par exemple à la technique des crédits dissociés¹¹⁵⁶ – pourrait permettre aux BOT de franchir l'obstacle de l'annualité budgétaire¹¹⁵⁷, c'est le cadre annuel lui-même qui est remis en cause car, estime-t-on, il n'est guère adapté au rythme de l'économie¹¹⁵⁸. De plus, comme le soulignent certains auteurs français, si le droit budgétaire permet d'une certaine manière la pluri-annualité, les techniques de mise en œuvre de celle-ci – mécanismes de report, autorisations d'engagements et d'emplois budgétaires par exemple – sont souvent mal maîtrisées¹¹⁵⁹. A titre d'exemple, la pratique belge du « contrat-cadre » (ou « accord-cadre »)¹¹⁶⁰ illustre particulièrement cette difficulté¹¹⁶¹. Au plan budgétaire en effet, le contrat-cadre entraîne comme conséquence qu'aucun engagement évaluable en argent n'est constaté parce que c'est à l'occasion de la conclusion de chaque contrat partiel que naissent sur le plan juridique des engagements précis pour l'autorité publique concernée : ces engagements doivent alors être inscrits au budget¹¹⁶².

¹¹⁵³ T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 2 (les auteurs soulignent dans le texte).

¹¹⁵⁴ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 221 ; *adde* dans le même sens : T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 2 où les auteurs précisent que pourrait naître la difficulté de maîtriser des engagements pluriannuels et d'en apprécier le coût sur une base inter-temporelle.

¹¹⁵⁵ En ce sens, L. Errara, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard et Brière, 1918, p. 289 cité par B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 337.

¹¹⁵⁶ Dans la pratique belge, la technique budgétaire des crédits dissociés en crédits d'engagement et en crédits d'ordonnancement permet de concilier le caractère annuel du budget avec le fait que le délai d'exécution, particulièrement long en matière de travaux d'infrastructures ou de construction, s'étale sur plusieurs années : Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 126.

¹¹⁵⁷ En ce sens B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 337.

¹¹⁵⁸ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 221.

¹¹⁵⁹ F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 35.

¹¹⁶⁰ Le concept de l'« accord-cadre » a été introduit par une loi belge du 23 décembre 1993 dans les secteurs spéciaux.

¹¹⁶¹ La pratique du « contrat-cadre » permet à l'autorité publique et à un ou plusieurs entrepreneurs de s'engager à collaborer à l'étude et à la réalisation d'un projet, étant entendu que plusieurs contrats partiels viendront par la suite attribuer l'exécution des ouvrages. Cette formule, qualifiée d'exceptionnelle, n'est mise en œuvre que pour des projets très importants et de longue durée, comportant au départ des risques et des éléments inconnus que seul un début d'exécution permet d'élucider (L'avant-port de Zeebrugge et les ascenseurs hydrauliques sur le canal du centre à Strépy-Bracquegnies constituent deux illustrations de cette pratique en Belgique) : Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 128.

¹¹⁶² Cette pratique est considérée comme contraire à la bonne gestion des finances publiques car, s'il est vrai qu'aucun engagement global de dépenses ne doit figurer au budget lors de la conclusion du contrat-cadre, les

390. La prospective financière commande en réalité des prévisions de plus longue durée, d'autant plus qu'il faut coordonner le budget avec d'autres instruments¹¹⁶³. S'impose alors la nécessité de disposer de budgets et de comptes consolidés de l'Etat, lesquels auraient pour effet de neutraliser les changements de périmètre par l'Etat¹¹⁶⁴ de sorte que le BOT ou les PPP ne puissent être utilisés comme des artifices budgétaires et comptables. En fin de compte, que ce soit le recours à la débudgétisation ou le recours à des techniques plus classiques de dérogations aux principes budgétaires et comptables¹¹⁶⁵, il ne s'agit que d'expédients qui présentent des limites¹¹⁶⁶ et rendent nécessaire l'établissement de règles adéquates et claires pour le traitement budgétaire et comptable des opérations de BOT.

II - La nécessité d'établir des règles adéquates et claires pour le traitement budgétaire et comptable des opérations de BOT

391. L'intérêt croissant des PPP, et partant des BOT, conduit à la nécessité de déterminer des règles appropriées et précises aux fins du traitement budgétaire et comptable de telles opérations, d'où la proposition selon laquelle, aux côtés de la comptabilité d'engagement traditionnelle, une comptabilité patrimoniale doit être instaurée qui permette de déterminer l'opportunité de recourir à un PPP, d'en mesurer l'impact financier pour la collectivité et d'en contrôler d'éventuelles dérives¹¹⁶⁷. Or selon l'OCDE, il y a plusieurs manières de présenter et de comptabiliser les dépenses publiques, étant entendu que dans la plupart des pays les données relatives à l'Etat se retrouvent dans trois cadres comptables : les comptes nationaux, les statistiques des finances publiques (SFP) et le budget de l'Etat¹¹⁶⁸. Il n'en résulte pas toujours la clarté et l'adéquation requises pour les opérations de BOT.

392. Le thème de la sincérité budgétaire semble avoir pris une ampleur considérable ces dernières années : outre le souci croissant de transparence de la gestion publique prônée par les organisations internationales¹¹⁶⁹, la surveillance des politiques budgétaires au niveau de l'Union européenne¹¹⁷⁰ donne une importance nouvelle aux données budgétaires, lesquelles peuvent de plus en plus faire l'objet de comparaisons et d'analyses

dépenses considérables entraînées par chacun des contrats partiels donnent lieu à engagement de crédits alors même que le législateur n'a pas pu avoir une vue globale de ces crédits : en ce sens Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 129.

¹¹⁶³ L. Dubouis et G. Peiser, *Droit public*, op. cit., p. 221.

¹¹⁶⁴ Cf. en ce sens, F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 39.

¹¹⁶⁵ Sur l'ensemble de ces procédés Cf. B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 338-339.

¹¹⁶⁶ La débudgétisation par exemple ne supprime pas les charges budgétaires pour l'Etat, mais étale celles-ci dans le temps. Ainsi, les charges annuelles – intérêts et amortissements – des emprunts du secteur débudgétisé incombent en dernier ressort à l'Etat et apparaissent annuellement dans son budget : en ce sens, Cf. D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., op. cit., p. 139.

¹¹⁶⁷ T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 2-3.

¹¹⁶⁸ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 92 où il est précisé que les comptes nationaux et les statistiques de finances publiques suivent généralement des normes internationales agréées, ce qui permet leur comparabilité. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne les modalités d'établissement et la structure des budgets, lesquelles sont propres à chaque pays.

¹¹⁶⁹ Voir à ce propos : Fonds monétaire international (FMI), *Manuel de statistiques de finances publiques*, Washington DC, 2001.

¹¹⁷⁰ Cf. à ce sujet le Système européen des comptes nationaux et régionaux (SEC95) tel que complété par le *Manuel SEC95 pour le déficit et la dette publique*, Eurostat 1995 et 2002, Office statistique des Communautés européennes, Luxembourg, également disponible sur le site <http://www.europa.eu.int/comm/eurostat>

détaillées¹¹⁷¹. On estime qu'en règle générale, le degré de transfert du risque entre partenaires détermine largement, dans le secteur public comme dans le secteur privé, la décision de comptabiliser ou non un projet dans son bilan¹¹⁷². Cependant, l'absence de normes peut permettre de se soustraire aux contrôles normaux sur les dépenses, le BOT pouvant dès lors être utilisé pour contourner les plafonds de crédits et les règles budgétaires¹¹⁷³. C'est ainsi que l'Office des statistiques des Communautés européennes (EUROSTAT) a pris le 11 février 2004¹¹⁷⁴ une décision relative au traitement comptable, dans les comptes des Etats membres, des contrats souscrits par les pouvoirs publics dans le cadre de PPP. EUROSTAT recommande ainsi que les actifs liés à un PPP soient classés comme actifs non publics et ne soient par conséquent pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques si les deux conditions qui suivent sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction, et
- le partenaire privé supporte au moins l'un des deux risques suivants : le risque de disponibilité ou le risque lié à la demande¹¹⁷⁵.

393. Certains auteurs ont par ailleurs relevé qu'en matière de commande publique, le partenaire public a tendance à se focaliser principalement sur le respect des procédures, privilégiant ainsi une approche juridique au détriment de l'optimisation économique dans la mesure où la définition des besoins – premier stade d'une commande – reste alors fréquemment imprécise¹¹⁷⁶. Or, selon l'OCDE, les gouvernements devraient actualiser continuellement leurs procédures pour les centrer sur la faisabilité financière, l'optimisation de la dépense publique (ODP) et la viabilité à long terme, ce qui réduirait l'éventualité que les règles budgétaires et comptables aient une influence sur le mode de fourniture d'un service¹¹⁷⁷. On affirme au demeurant qu'il faut relativiser l'importance des normes budgétaires dans la détermination du choix d'un BOT dans la mesure où, d'une part, un BOT ne peut se résumer à un instrument servant à résoudre les difficultés budgétaires des pouvoirs publics et, d'autre part, il se recommande fermement de ne jamais choisir un BOT sur la seule base de considérations financières¹¹⁷⁸. Il en est ainsi d'autant plus qu'on relève qu'une refonte du système comptable et budgétaire public peut elle-même générer de nouveaux risques si la nature de l'information comptable ne fait pas

¹¹⁷¹ En ce sens Cf. F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 39. Citant l'article 32 de la loi organique française du 1^{er} août 2001, ces auteurs affirment que le budget de l'Etat peut être considéré comme sincère si les prévisions de recettes et de dépenses sont effectuées de bonne foi, « compte tenu des informations disponibles et des prévisions qui peuvent raisonnablement en découler ». La sincérité budgétaire qui, selon ces auteurs, concernent les états financiers prévisionnels doit être distinguée de la sincérité des comptes de l'Etat qui est une autre obligation découlant de la loi précitée.

¹¹⁷² OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 92.

¹¹⁷³ En ce sens, Ibid. p. 93.

¹¹⁷⁴ EUROSTAT, communiqué de presse STAT/04/18 précité.

¹¹⁷⁵ Voir cependant contre cette décision d'EUROSTAT : Akitoby et consorts qui estiment qu'en suivant la position d'EUROSTAT, et dès lors qu'habituellement le secteur privé assume les risques de construction et de disponibilité, l'on risque de se retrouver dans une situation où la plupart des investissements seront traités comme des investissements privés, même lorsque l'Etat assume un risque de demande substantiel (comme tel semble être le cas lorsqu'il garantit à l'opérateur privé un niveau de demande minimal pour le service fourni dans le cadre du PPP). Pour ces auteurs, la décision d'EUROSTAT crée par ailleurs un aléa moral en ce sens qu'elle pourrait inciter à concevoir les PPP en fonction d'un niveau minimal plutôt que d'un niveau optimal de transfert des risques : B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 15-16.

¹¹⁷⁶ F. Adam, O. Ferrand et R. Rioux, *Finances publiques*, op. cit., p. 290.

¹¹⁷⁷ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 94.

¹¹⁷⁸ En ce sens Cf. B. Lombaert et P.-O. de Broux, « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (PPP) », op. cit., p. 322.

l'objet d'une réelle réflexion et si la diversité de ses destinataires n'est pas prise en considération¹¹⁷⁹.

394. Quoique les pratiques comptables ne soient pas les mêmes pour l'élaboration du budget et des comptes nationaux, les problèmes posés par les BOT semblent partout identiques : il s'agit de la classification budgétaire, de la comptabilisation, du traitement des garanties et des engagements (explicites ou conditionnels), des risques budgétaires, des projections de long terme ainsi que l'analyse de la viabilité du projet¹¹⁸⁰. En tant qu'opération complexe, le BOT requiert que la transparence, pilier de l'établissement du budget et d'une bonne gouvernance, s'applique au partenaire public¹¹⁸¹. Un traitement comptable judicieux dépendra par conséquent de procédures et de pratiques claires vis-à-vis des BOT ainsi que de la prise en compte des différences entre les pays¹¹⁸². L'OCDE¹¹⁸³ a, en matière de transparence budgétaire, défini les meilleures pratiques mettant en lumière plusieurs aspects qui peuvent avoir de l'importance pour les BOT à savoir que :

- le budget doit être exhaustif et englober la totalité des recettes et des charges publiques¹¹⁸⁴ ;
- les rapports à long terme et l'analyse de la viabilité sont d'une grande importance ;
- les engagements financiers et conditionnels (par exemple les emprunts et garanties) doivent être communiqués et leur incidence éventuelle évaluée. Lorsqu'une estimation du montant de tels engagements conditionnels est difficile, il convient de les répertorier et de les décrire¹¹⁸⁵ ;
- les règles et politiques comptables doivent être présentées avec précision et les écarts par rapport aux pratiques comptables généralement admises doivent être signalés.

395. Les aspects précités des meilleures pratiques en matière de transparence budgétaires devraient utilement être complétés par une analyse de sensibilité, en vue de déterminer ce que l'Etat pourrait payer dans l'hypothèse la plus défavorable. En effet, les dépenses de l'Etat varient souvent, d'une période à l'autre, en fonction des dispositions contractuelles¹¹⁸⁶. De plus, il semble qu'il faille proposer au débat et à l'approbation des citoyens les choix financiers contenus dans les projets politiques, ce qui pourrait se faire

¹¹⁷⁹ T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 3 où les auteurs indiquent qu'il y a un risque de voir se substituer à une information comptable axée sur les besoins des Parlements (apporteurs de ressources fiscales) une information exclusivement construite en fonction des besoins des apporteurs de ressources privées, singulièrement les marchés financiers.

¹¹⁸⁰ En ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 94.

¹¹⁸¹ Ibid.

¹¹⁸² Ibid.

¹¹⁸³ Ibid. p. 95.

¹¹⁸⁴ Sur les modalités de budgétisation et de comptabilisation ainsi que le traitement des PPP dans le budget national et dans les comptes nationaux, Cf. OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 94 - 102.

¹¹⁸⁵ Sur l'information concernant les risques budgétaires ainsi que la comptabilisation des garanties et des engagements conditionnels, Cf. OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 102-106. L'OCDE préconise ainsi, afin de s'assurer que les garanties sont maîtrisées et que leur montant n'augmentera pas au point d'entraîner un risque excessif pour l'Etat, de fixer des règles précises et de faire connaître les garanties selon les modalités suivantes : (1) Existence d'une seule autorité responsable du suivi et de la gestion d'un registre de garanties ; (2) Obligation d'un accord du ministère des Finances, du cabinet et/ou du législateur avant d'accepter une garantie ; (3) Intégration des garanties dans la procédure budgétaire annuelle ; (4) Inscription au budget annuel du coût estimé des garanties.

¹¹⁸⁶ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 95.

par le biais de l'information financière à laquelle il est reconnu des fonctions sociologiques, lesquelles les distingueraient de l'information scientifique et de l'expertise¹¹⁸⁷. Plus généralement, la démocratie financière est vue comme une bonne chose non seulement pour des raisons morales et politiques, mais également pour le bon fonctionnement de la société¹¹⁸⁸.

- 396.** En dernière analyse, le recours à une modalité d'exécution de la commande publique – par exemple par le biais d'une exécution en régie, d'un marché traditionnel ou par le biais d'un PPP à l'instar du BOT – relève d'une décision politique. Dans la mesure où il n'existe pas encore de règles adéquates et claires pour le traitement budgétaire et comptable des BOT, la manière de les prendre en compte dans le budget et les comptes de l'Etat relève également d'un choix politique¹¹⁸⁹. A titre d'illustration, la décision d'inscrire ou non les charges correspondantes d'un PPP dans le budget dépend, au Royaume-Uni, de chaque contrat¹¹⁹⁰. C'est également au Royaume-Uni que s'est développée ces dernières années une pratique publique – la *Private finance initiative* (PFI) – qui tend à devenir un nouveau paradigme en matière de gestion publique.

SECTION IV : LA PRIVATE FINANCE INITIATIVE (PFI) : NOUVEAU PARADIGME EN MATIÈRE DE GESTION PUBLIQUE ?

- 397.** “*The Private Finance Initiative (PFI) is a small but important part of the Government's strategy for delivering high quality public services. In assessing where PFI is appropriate, the Government's approach is based on its commitment to efficiency, equity and accountability and on the Prime Minister's principles of public sector reform*”¹¹⁹¹. Pour M. Dimitri Yernault, la PFI est un système développé comme succédané à de nouvelles privatisations devenues peu populaires et à la suite de taux d'investissements publics nets au plus bas¹¹⁹². Pour un commentateur français, la PFI britannique est une vaste entreprise de privatisation de la construction et de la gestion des infrastructures publiques mais, constitue en même temps une politique gouvernementale élaborée de façon très volontariste et très interventionniste par le *Treasury* britannique¹¹⁹³.

- 398.** La PFI apparaît ainsi *a priori* comme une méthode de gestion publique pour le moins originale¹¹⁹⁴. Pour mieux l'appréhender, il convient d'en présenter l'origine et l'économie

¹¹⁸⁷ En ce sens, M. Leroy, *Sociologie des finances publiques*, op. cit., p. 81. Sur les (trois) fonctions sociologiques de l'information financière, Voir ce même ouvrage p. 82-83.

¹¹⁸⁸ Ibid. p. 96.

¹¹⁸⁹ On estime ainsi que la comptabilité publique, tout comme la comptabilité privée fait figure de « convention instituée » de sorte qu'elle doit être analysée comme la résultante d'un équilibre entre les points de vue et les intérêts des diverses parties prenantes et contribue à construire, par ses catégories, les politiques publiques elles-mêmes : T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 17.

¹¹⁹⁰ OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 100.

¹¹⁹¹ Site internet HM Treasury : http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm consulté le 31 octobre 2009.

¹¹⁹² D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 155.

¹¹⁹³ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 417.

¹¹⁹⁴ Pour une littérature en anglais en la matière, Cf. notamment : Paul A. Grout, “The Economics of the Private Finance Initiative”, *Oxford Review of Economic Policy*, 1997, vol.13, n° 4, p. 53-66; J. Hall, “Private Opportunity, Public Benefit?” *Fiscal Studies*, 1998, vol.19, n° 2, p.121-140; G. Owen and A. Merna, “The Private Finance Initiative”, *Engineering, Construction and Architectural Management*, vol. 4, n° 3, September 1997, p. 77-163.

(sous-section 1) avant d'examiner ce qu'elle comporte en termes d'innovations dans le domaine de la gestion publique (sous-section 2).

Sous-section 1 : Naissance et économie de la PFI

La meilleure compréhension d'un concept ou d'une pratique nécessite bien souvent que l'on remonte à son origine (I), ce qui éclaire d'autant mieux son contenu, sa fonction ou encore sa mise en œuvre (II).

I - Naissance et évolution de la PFI

399. La *Private finance initiative* (PFI) fut officiellement lancée en novembre 1992 par M. Norman Lamont, Chancelier de l'Echiquier¹¹⁹⁵. Ce lancement a été considéré comme un changement radical dans l'attitude jusqu'alors adoptée par le Trésor britannique quant à l'utilisation du financement privé dans la réalisation des infrastructures sociales¹¹⁹⁶. Dans sa traduction littérale, elle signifie "initiative pour le financement privé" et constitue avant tout un programme du gouvernement britannique dont le but est la réalisation de travaux et la gestion des services dont ces travaux sont le support, tout ceci à l'aide d'un financement ou d'un préfinancement privé¹¹⁹⁷. Cette initiative fut reprise et poursuivie par le successeur de M. Lamont – précisément M. Kenneth Clarke – sous l'impulsion duquel fut créé un *Private Finance Panel* dont le but était de promouvoir la PFI¹¹⁹⁸.

400. Des « unités spécialisées » appelées *Private Finance Units* composées de fonctionnaires et de représentants du secteur privé furent mises en place, dans la plupart des ministères, dans le but de promouvoir et de mettre en œuvre la PFI. Ensuite, en remplacement du *Private Finance Panel*, un groupe de travail, dénommé « Her Majesty Treasury Taskforce » (en abrégé « HM Treasury Taskforce »), fut mis en place en 1997 au sein du Ministère des finances (« Her Majesty Treasury »). Ce groupe de travail, qui bénéficiait de certaines prérogatives, pouvait notamment définir la politique PFI, assurer la liaison avec le secteur privé et donner la priorité à certains projets¹¹⁹⁹. Depuis l'année 2000, le *Treasury Taskforce* a été remplacé par *Partnerships UK* qui est également un organisme réunissant des représentants de l'administration et du secteur privé¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁵ Norman Lamont, Chancellor of the Exchequer, *Autumn Statement*, vol. 208, col. 996 (12 November 1992).

¹¹⁹⁶ "The launch of the PFI in the UK marks a dramatic shift from the general presumption against the use of private finance in social infrastructure projects which had previously existed in the UK": J. Hall, "Private Opportunity, Public Benefit?" in, *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 361.

¹¹⁹⁷ En ce sens, P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, mars 2001, p. 11 ; *adde* pour une description générale de la mise en œuvre de la PFI : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 170-185.

¹¹⁹⁸ J.-M. Loncle, « La private finance initiative anglaise », in RDAI, n° 8, 1999, p. 866. *Le Private Finance Panel* a publié en 1995 un premier document intitulé *Private Opportunity, Public Benefit – Progressing the Private Finance Initiative*. Ce document fut suivi en 1996 par un *Basic Contractual Terms*, en 1997 par un *Further Contractual Issues* et en juillet 1997 d'un *Guide to the PFI Procurement Process*. Sur l'ensemble de la documentation produite par le *Private Finance Panel* jusqu'aux *Standardised Contracts*, consulter le site <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp>

¹¹⁹⁹ "The Treasury Taskforce was set up by the Labour Government in 1997 to reinvigorate the private finance initiative. Created within HM Treasury, it consisted of both a policy arm staffed by Treasury and seconded staff, and a project arm headed up by Adrian Montagu and staffed by people from the private sector": <http://www.partnershipsuk.org.uk> consulté le 1er novembre 2009.

¹²⁰⁰ "Partnerships UK was set up in 2000 to succeed the Treasury Taskforce and set up a permanent centre of excellence, moving away from the old model of 'revolving-door' secondments that offered no retention of expertise or knowledge": <http://www.partnershipsuk.org.uk> consulté le 1er novembre 2009.

401. Au niveau local, c'est le *Local Partnership* qui est actuellement chargé de la mise en œuvre des projets PFI. Il s'agit d'une joint-venture, entre l'association des administrations locales et *Partnerships UK*, ayant intégré *4ps* (Public Private Partnership Programme qui avait un rôle de promotion et de conseil de la PFI au niveau local)¹²⁰¹. De plus, des organes institutionnels déjà en place comme le *National Audit Office*¹²⁰² ainsi que l'*Audit Commission*¹²⁰³ ont activement participé à la promotion de la PFI. D'un autre côté, l'outil privilégié de la politique PFI est le contrat mais, en tant que forme générique de contrat, la PFI n'a pas fait l'objet à ce jour d'un encadrement législatif global, mais de « guides » du Trésor¹²⁰⁴. Ces guides constituent l'expression du large pouvoir d'organisation dont bénéficie le gouvernement ainsi que des pouvoirs discrétionnaires issus des *Royal prerogatives*¹²⁰⁵. Il existe néanmoins quelques dispositions textuelles éparses, de caractère contingent, prises pour certains aspects précis des contrats de PFI¹²⁰⁶, parfois *a posteriori*¹²⁰⁷. Concrètement, on a relevé au printemps 2008 au Royaume-Uni plus de 625 projets PFI conclus, pour un montant total de 58.7 milliards de Livres¹²⁰⁸. Sur ces projets, 510 sont effectivement achevés et semblent fonctionner de manière satisfaisante¹²⁰⁹.

402. Si d'aucuns relèvent qu'aucune jurisprudence ne porte spécialement sur la PFI, la *Common Law* forme néanmoins le cadre juridique dans lequel évolue cette pratique¹²¹⁰. En effet, tous les aspects spécifiques de la PFI ont été dessinés par le gouvernement et les lois du parlement¹²¹¹. Quoiqu'il en soit, même si la PFI ne fait pas l'objet d'une réglementation globale, force est de constater qu'elle correspond à une réalité dont l'influence n'a de cesse de grandir¹²¹² et qui mérite par conséquent examen.

¹²⁰¹ Pour plus de détails Cf. <http://www.localpartnerships.org.uk/4ps/>

¹²⁰² "The role of the National Audit Office is to:

(1) audit the accounts of all government departments and agencies as well as a wide range of other public bodies
(2) Report to Parliament on the economy, efficiency and effectiveness with which these bodies have used public money." Cf. http://www.nao.org.uk/about_us.aspx consulté le 1er novembre 2009.

¹²⁰³ "The Audit Commission is an independent watchdog, driving economy, efficiency and effectiveness in local public services to deliver better outcomes for everyone": Cf. <http://www.audit-commission.gov.uk/Pages/default.aspx> consulté le 1er novembre 2009.

¹²⁰⁴ Sur les guides actuellement applicables aux PFI, Cf. *PFI Guidance* (Value for Money Guidance, Standardised Contracts, Operational Taskforce Guidance, Finance Guidance, Treasury Taskforce Guidance) sur le site <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp>

¹²⁰⁵ Pour rappel, tout pouvoir au Royaume-Uni est conféré par le Parlement, ce qui exclut notamment le pouvoir réglementaire autonome. Cependant, le gouvernement élu contrôle et exerce un pouvoir autonome appelé *Royal prerogatives* qui sont : « the collective name given to the unique legal powers, duties and privileges possessed at common law by the Crown (...) In reality, these powers are controlled and exercised by the elected government. » : K. Thompson and B. Jones "Administrative Law in the United Kingdom" in R. Seerden (ed), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A comparative analysis*, 2nd edition, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007, p. 228.

¹²⁰⁶ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op.cit. p. 12.

¹²⁰⁷ D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 155.

¹²⁰⁸ Cf. en ce sens, « Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008) », p. 6, consultable sur le site: <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp>

¹²⁰⁹ Ibid. p. 8 ; *adde* pour un cas d'application de la PFI au service hospitalier : P. Rochefort, « The application of PFI to a hospital project : Barnet hospital (Great Britain), in *Financing of major infrastructure and public service projects –Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 272-274.

¹²¹⁰ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op.cit. p. 17.

¹²¹¹ Ibid.

¹²¹² Cf. en sens, « Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008) », op. cit., p. 8 où il est indiqué que: "(...) the UK developed PFI model is used as a reference around the world: (1) the UK has led the

II- L'économie de la PFI

403. La PFI est d'abord et avant tout un programme gouvernemental qui répond à un certain nombre d'objectifs, en même temps qu'il obéit à une structuration originale (A). La PFI est ensuite un procédé contractuel qui évolue dans l'environnement juridique spécifique de *Common Law* (B).

A- La PFI est un programme gouvernemental aux objectifs précis et obéissant à une structuration originale

404. La PFI en tant que programme gouvernemental vise un triple objectif : l'augmentation de la capacité de financement du secteur public, l'amélioration de la qualité des prestations de service à la collectivité ainsi que la diminution de la dépense publique¹²¹³. Ce programme gouvernemental part du constat du sous-investissement chronique et des défaillances dans les opérations de maintenance et de réparations des infrastructures publiques existantes qui ont marqué l'histoire des services publics britanniques¹²¹⁴. Dès lors, "*PFI is an arrangement whereby the public sector contracts to purchase services, usually derived from an investment in assets, from the private sector on a long-term basis, often between 15 to 30 years*"¹²¹⁵. La PFI permet ainsi de confier au secteur privé la réalisation et l'exploitation de services publics qui incombent classiquement aux collectivités publiques (tels par exemple l'éducation, la santé, les transports, la distribution d'eau, les prisons, etc.), ces dernières passant du rôle de fournisseur du service à celui d'acheteur du service et de gardien de l'intérêt des usagers¹²¹⁶.

405. Certains auteurs ont pu classer les opérations de PFI suivant deux typologies dont l'une financière et l'autre contractuelle¹²¹⁷. Selon ces mêmes auteurs néanmoins, l'analyse révèle que la seule typologie efficiente est celle fondée sur l'origine des ressources¹²¹⁸. En pratique en effet, les montages en PFI sont généralement des accords tripartites comprenant : un contrat de PFI principal, un contrat de financement entre le gestionnaire

world in the development of PFI contracts. The UK model and guidance is widely drawn on around the world; and (2) throughout the EU governments are setting up private finance units, based on the UK model, to take forward PPP projects".

¹²¹³ Pour le Trésor britannique: «*By requiring the private sector to put its own capital at risk and to deliver clear levels of service to the public over the long term, PFI helps to deliver high quality public services and ensure that public assets are delivered on time and to budget*»: <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp> ; adde dans le même sens: P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 11-12 ; J.-M. Loncle, « La private finance initiative anglaise » op.cit. p. 865 où l'auteur indique que la PFI répond à un triple besoin : un besoin d'infrastructures tout d'abord, ensuite un souhait d'utiliser les compétences et la créativité du secteur privé et enfin, un besoin d'améliorer la qualité des prestations du service à la collectivité.

¹²¹⁴ Cf. "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 4.

¹²¹⁵ Ibid. p. 18

¹²¹⁶ En ce sens, J.-M. Loncle, « La private finance initiative anglaise » op. cit., p. 865.

¹²¹⁷ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 13 où ces auteurs exposent que :

La typologie financière distingue les contrats de PFI en fonction du mode de rémunération. Cette première typologie comprend alors deux catégories :

- Les *services sold to the public sector* qui sont constitués par les contrats par lesquels un entrepreneur réalise une prestation contre une rémunération verse par la personne publique;
- Les *financially freestanding* qui sont quant à eux des contrats par lesquels l'entrepreneur réalise une prestation, mais tire sa rémunération sur un prix perçu sur l'utilisateur.

La typologie contractuelle prend en compte le sort des biens qui font l'objet de ces contrats : on distinguera alors selon que les biens seront la propriété de la personne publique en fin de contrat ou selon que les biens doivent rester la propriété de l'exploitant.

¹²¹⁸ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op.cit. p. 14.

du service et un financier ainsi qu'un accord direct (*direct agreement*) entre la personne publique et le financier¹²¹⁹. Le financement privé provient généralement de deux sources à savoir : les fonds propres (*equity*) et les dettes (*debt*)¹²²⁰. Dans de nombreux projets PFI le ratio dettes/fonds propres dans la structure du capital de la société du projet (ou « SPV ») tend à être de 90% de dettes contre 10% de fonds propres. Cette réalité tiendrait au coût moins élevé de l'endettement¹²²¹, alors même qu'il est généralement admis que les sociétés faisant face à des risques élevés ont besoin d'un pourcentage élevé en fonds propres dans leur capital¹²²². Il résulte en tout cas de tout ce qui précède que la PFI est une méthode reposant sur une structuration originale qui s'intègre dans un environnement juridique de *Common Law*, ce qui en fait un procédé contractuel susceptible d'innombrables variantes.

B- La PFI est un procédé contractuel s'intégrant dans un environnement juridique de *Common Law*

406. M. Bertrand du Marais a relevé que dans le système administratif anglo-saxon moderne, la distinction entre le stade de la formulation d'une politique publique (« *policy design* ») et le stade de sa mise en œuvre (« *implementation* ») forment le cadre institutionnel des politiques publiques de fourniture de services collectifs¹²²³. Cette distinction influencerait directement le mode de fourniture du service dans la mesure où il en découle d'une part, un recours important à la création d'agences spécialisées d'exécution du service lorsque celui-ci est fourni par la sphère publique et, d'autre part, une contractualisation des relations entre l'échelon politique et l'agence¹²²⁴. Dans le cas de la Grande-Bretagne, les services sont le plus souvent directement fournis par des opérateurs privés, lesquels peuvent être liés par contrat avec l'autorité politique qui fixe les objectifs du service en termes notamment de qualité et de tarifs¹²²⁵. Par ailleurs, grâce à l'unicité du droit anglais¹²²⁶, le système juridique de ce pays n'a nécessité que peu

¹²¹⁹ Cf. "Infrastructure Procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 18-19 où sont décrites les implications pratiques de cet accord tripartite qui suppose que :

"(1) *the private sector will construct and maintain infrastructure in order to deliver the services required* ;
 (2) *the private sector party contracting with the public sector is usually a special purpose vehicle (SPV)*;
 (3) *much of the risk assumed by the SPV is passed to other entities (which sometimes are also shareholders in the SPV) through sub-contractors*;
 (4) *the SPV uses private finance, usually a mix of equity and debt, to fund the up-front construction works*;
 (5) *the SPV is paid a fee for the service it provides to the public sector*;
 (6) *the SPV manages and delivers the required services to specified standards, while sustaining the quality of underlying assets*"; adde: N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Imprimerie nationale éditions, 2003, p. 65.

¹²²⁰ "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 31.

¹²²¹ *Contra* cependant, D. Yernault pour qui les frais financiers des PFI seraient importants en raison de la multitude de sous-traitants et du fait que le partenaire privé principal répercuterait des taux d'emprunts moins bons que ceux qu'obtiendrait la personne publique : D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 155.

¹²²² "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 31.

¹²²³ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 93.

¹²²⁴ Ibid. Selon cet auteur, les contrats identifient les objectifs et les critères de performance et permettent que soit mis en place un régime d'incitations et de sanctions de ce que produit l'agence. Cette dernière fait en outre l'objet d'une évaluation comparative (*benchmarking*) avec des agences similaires voire concurrentes.

¹²²⁵ Pour une étude la notion de service public et ses modalités de gestion en Angleterre, Cf. J. Bell, « L'expérience britannique », in AJDA, n° spécial 20 juin 1997, p. 130-135.

¹²²⁶ Selon S. Flogaïtis, le droit anglais n'a ainsi pas connu ou accepté dans la pratique juridique quotidienne la distinction entre droit public et droit privé qui, selon cet auteur, est d'une utilité bien douteuse en tant qu'énoncé général : S. Flogaïtis, *Administrative Law et droit administratif*, Paris, LGDJ, 1986, p. 23.

d'adaptations pour accueillir la PFI : il n'existe en effet pas en *Common Law* de distinction entre contrats de droit public et contrat de droit privé¹²²⁷. C'est ainsi que la doctrine anglaise relève que : "*There is no special law relating to government contracts; their interpretation and enforcement is governed by ordinary rules of contract that apply to contracts made between private individuals.*"¹²²⁸,

407. Le contrat de PFI peut ainsi être regardé comme un contrat fonctionnel : son régime juridique ne dépend d'aucune catégorie déterminée ; les règles qui lui sont appliquées sont des règles de droit commun et sa dénomination reflète exactement son contenu¹²²⁹. Ce caractère pragmatique du contrat de PFI découle d'une approche qui recouvre bien souvent une très grande variété d'instruments contractuels, contrairement au droit administratif français dont l'évolution tend, comme nous l'avons, à réduire le nombre de contrats légalement autorisés¹²³⁰. Pour le gouvernement anglais cependant, il n'est pas question de privilégier la PFI au détriment des méthodes classiques ou de toute autre approche d'exécution de la commande publique : on ne devrait faire recours à la PFI que lorsque celle-ci permet un bon rapport qualité-prix¹²³¹.

408. Plus largement sur le plan du système juridique, si certains auteurs notent une influence du droit public anglais sur le contrat, ils précisent néanmoins tout de suite que ceci ne signifie nullement que se constitue un régime du contrat public¹²³². Le régime des contrats de l'administration est par conséquent le régime de droit commun, régi par deux règles : la liberté de contracter (*freedom of contract*) ainsi que l'inviolabilité du contrat (*sanctity of contract*)¹²³³. De fait, en dehors des domaines strictement régaliens, la *sanctity of contract* paraît entière et absolue et ni la qualité particulière de l'administration, ni la longue durée du contrat n'ont d'influence sur l'inviolabilité du contrat ainsi définie¹²³⁴. L'inviolabilité impose que toutes les circonstances pouvant modifier les conditions d'exécution du contrat soient prévues au contrat¹²³⁵. Il n'existe par conséquent en droit anglais ni la théorie de l'imprévision, ni la théorie du fait du prince ou des sujétions imprévues et, surtout, l'administration ne peut pas modifier unilatéralement le contrat car il n'existe pas de mutabilité des contrats en *Common Law*¹²³⁶. Il en résulte que les

¹²²⁷ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op.cit. p. 49.

¹²²⁸ K. Thompson and B. Jones "Administrative Law in the United Kingdom" in R. Seereden (ed), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A comparative analysis*, op. cit., p. 242.

¹²²⁹ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 49 où ces auteurs précisent alors que la description des contrats de PFI est avant tout pragmatique: il n'existe alors aucun régime juridique préétabli dont on pourrait donner une définition *in abstracto*.

¹²³⁰ En ce sens Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 417-418 ; *adde* dans le même sens, N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, op. cit., p. 64.

¹²³¹ Cf. "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 7.

¹²³² P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 50. Comp. cependant avec l'étude de P. Birkinshaw et E. Breen, « Contrats publics et contractualisation de l'action publique : un point de vue anglais », in RFDA, 2006, p. 1015. Pour M. Flogaïtis cependant, le droit administratif anglais constitue une approche fondée sur la rationalisation des pouvoirs, qui, malgré le pragmatisme – qui selon l'auteur restera toujours l'art anglais d'envisager la réalité – reconnaît au droit public en tant que méthode bien distincte, la place qui est la sienne : S. Flogaïtis, *Administrative Law et droit administratif*, op. cit., p. 24.

¹²³³ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 50.

¹²³⁴ Ibid.

¹²³⁵ Les mécanismes que nous avons vus et qui s'appliquent en France aux contrats administratifs doivent être prévus dans le contrat au Royaume-Uni. Ainsi, par opposition aux « contrats incomplets » élaborés dans les pays « latins », la *Common Law* a développé la pratique du « contrat complet ».

¹²³⁶ Pour K. Thompson et B. Jones, "*Certain common principles which seem at one time to confer powers on government to breach contracts with impunity 'in the public interest' (the so-called Amphitrite principle) no*

modifications éventuelles aux conditions d'exécution du contrat peuvent être négociées lors de rencontres régulières entre les parties, sans pour autant que les besoins nouveaux de l'administration aient une quelconque garantie quant à leur satisfaction : les prévisions de l'évolution technique ou des besoins du service devront être intégrées au contrat, ce qui fait qu'en quelque sorte, la mutabilité est contractualisée¹²³⁷.

409. A l'analyse, les nombreuses clauses présentes dans les contrats de PFI pourraient avoir pour but de pallier l'absence d'un régime spécifique des contrats de droit public¹²³⁸. Par ailleurs, dans la mesure où la pratique de la PFI tend à assurer une répartition équilibrée des risques et à prévoir des clauses spécifiques permettant à l'autorité publique d'aménager les conditions d'exécution du contrat – moyennant compensation du cocontractant bien souvent par une augmentation des tarifs d'exploitation –, on en déduit que la préoccupation de continuité publique rejoint le souci d'efficacité économique¹²³⁹. Plus profondément et au-delà des différences techniques, ce qui ressort de la comparaison entre les contrats administratifs français de délégation de services publics et la PFI anglaise est une différence de philosophie¹²⁴⁰. Cette différence de philosophie se traduit par une approche innovante de la gestion publique.

Sous-section 2 : L'approche innovante de la PFI en matière de gestion publique

410. Dans une perspective de modernisation de la gestion publique et d'amélioration de l'efficacité du service public, la PFI s'appuie sur des instruments innovants. Il s'agit d'une part, de la « *Value for Money* » (I), laquelle a pour corollaire le « *Public Sector Comparator* » (II).

I - La notion de *Value for Money*

411. Le gouvernement britannique pose comme condition à la conclusion de tout contrat PFI un bénéfice en termes de coûts et de qualité. C'est la recherche de la *Value for Money* c'est-à-dire d'un meilleur rapport qualité-prix. Une telle quête doit se faire non seulement entre plusieurs offres du secteur privé, mais aussi et surtout entre les offres du secteur privé et du secteur public. Avant d'analyser le contenu et la mise en œuvre de la *Value for Money* (B), il convient d'en retracer brièvement l'origine (A).

A- Origine de la notion de *Value for Money*

L'origine du mécanisme de la recherche de la Best Value est généralement située dans les règles Ryrie (1) ainsi que dans deux lois de 1980 et de 1988 (2).

longer seem to be regarded as having substance": K. Thompson and B. Jones "Administrative Law in the United Kingdom" in R. Seerden (ed), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A comparative analysis*, op. cit., p. 241.

¹²³⁷ En ce sens Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 51.

¹²³⁸ Ibid. p. 52 où ces auteurs affirment que les clauses de répartition des risques législatifs feraient apparaître des similitudes flagrantes avec la théorie du fait du prince dans la mesure où les conséquences pécuniaires des textes spécifiquement liés à l'activité en cause sont prises en charge par l'administration. Les conséquences pécuniaires des textes de portée générale resteraient quant à elles à la charge de l'exploitant.

¹²³⁹ Ibid. p. 53.

¹²⁴⁰ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 419 ; P. Cossalter et B. du Marais affirment que la distinction fondamentale entre le régime juridique des contrats français et celui des contrats de PFI tient à ce que les contrats français sont construits dans les limites d'un cadre juridique préétabli, tandis que le régime juridique des contrats de PFI s'adapte très exactement à leurs besoins : P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 53.

1- Les règles de Ryrie

412. Exprimées en 1981 par Sir William Ryrie, les *Ryrie Rules* s'appliquaient, dans les années quatre-vingt, à la dévolution contractuelle des activités publiques. Elles posaient deux conditions principales à la conclusion de contrats par l'autorité publique : d'une part, l'autorité publique ne devait pas garantir plus de sécurité commerciale à son cocontractant que ne l'aurait fait un acheteur privé¹²⁴¹ et, d'autre part, le contrat devait apporter des bénéfices en termes d'efficacité, soit une *cost-effectiveness* (ou efficacité des coûts). Dans le contexte de cette époque, les *Ryrie Rules* avaient comme objectif la limitation du nombre de contrats des autorités publiques par des conditions restrictives à leur passation. C'est à leur suite qu'apparaît le principe de la *Best Value* : le recours au contrat par la personne publique doit être justifié par un gain en qualité et non dépendre d'une décision discrétionnaire de l'autorité publique¹²⁴². Effacer totalement cet aspect discrétionnaire dans la décision de contracter de l'autorité publique semble être un des enjeux des lois de 1980 et de 1988 sur le gouvernement local.

2- Les lois de 1980 et 1988 sur le gouvernement local

413. Dans un premier temps, la *Local Government Planning and Land Act 1980* imposait aux collectivités locales une mise en concurrence de leurs services internes avec des entreprises privées, pour la construction et la maintenance d'un certain nombre d'infrastructures et de services locaux. Ensuite, une loi sur le gouvernement local de 1988 (*Local Government Act 1988*) introduisit le principe d'une mise en concurrence obligatoire (*Compulsory Competitive Tendering*), en étendant l'obligation de mise en concurrence à d'autres services tels le nettoyage, les cantines, la collecte des déchets, la réparation et la maintenance des véhicules¹²⁴³. L'originalité de ce système résidait dans le fait que les obligations de mise en concurrence ne s'appliquaient que si l'autorité publique avait l'intention de faire exécuter le contrat en régie : on a donc pu conclure que le régime de mise en concurrence était en réalité un mode de mise en concurrence avec l'administration – et non une mise en concurrence de la passation des contrats de l'administration¹²⁴⁴.

414. On relève néanmoins que la loi de 1988 n'eut pas l'effet escompté, à savoir l'ouverture des services publics locaux au secteur privé¹²⁴⁵. Des lois subséquentes sont toutefois venues confirmer la volonté du gouvernement britannique de transférer certaines activités au secteur privé¹²⁴⁶, faisant de la *Value for Money* le concept de référence en la matière.

¹²⁴¹ En clair, l'autorité publique ne devait ni subventionner, ni garantir les risques financiers de son cocontractant plus que ne l'exigent les pratiques commerciales d'usage.

¹²⁴² En ce sens, J. Hall, "Private Opportunity, Public Benefit?" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 361 où l'auteur précise que: "These rules insisted that privately financed projects could only proceed if they offered better value for money than a hypothetical public sector 'comparator', even if budget constraints meant that the public sector alternative would not go ahead".

¹²⁴³ Pour le contenu des obligations de mise en concurrence, Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 25.

¹²⁴⁴ Ibid.

¹²⁴⁵ Ibid.

¹²⁴⁶ Sur ces lois ainsi que leur mise en œuvre Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 26- 29.

B- Contenu et mise en œuvre de la Value for Money

415. L'approche de la *Value for Money* repose sur une analyse prévisionnelle des coûts et est fondée sur le postulat selon lequel la gestion privée entraîne des économies sur le long terme¹²⁴⁷. Certains auteurs distinguent entre la *Value for Money* et la *Best Value for Money*¹²⁴⁸ :
- la *Value for Money*, synonyme de meilleure utilisation des fonds publics, serait l'objectif fondamental de la PFI, et plus généralement de l'autorité publique britannique : il faut ainsi prouver au préalable la *Value for Money* d'un accord de PFI avant de le passer ;
 - la *Best Value for Money* serait quant à elle la recherche, une fois que la décision de contracter a été prise, du meilleur contrat possible par une répartition optimale des risques.
416. Dans les publications du Trésor britannique cependant les deux expressions se confondent et une tendance semble d'ailleurs se dégager autour de l'utilisation de la seule notion générique de *Value for Money*¹²⁴⁹. En effet, aux termes d'une récente publication du Trésor britannique, "(...) *Value for money can be defined as the optimum combination of whole-life cost and quality (or fitness for purpose) to meet the user's requirement, and does not always mean choosing the lowest cost bid.*"¹²⁵⁰ Il ne s'agit donc pas en application de la *Value for Money* de choisir l'offre la moins chère, mais d'obtenir un rapport qualité-prix sur la durée de vie du projet PFI en cause. La *Value for Money* apparaît alors non pas seulement comme une condition à la passation des contrats de PFI, mais aussi et surtout comme un caractère inhérent à la PFI¹²⁵¹.
417. La mise en œuvre de la *Value for Money* fait appel aux notions de calcul actuariel¹²⁵² et de cycle de vie de projet¹²⁵³. Cette évaluation dans le temps répond non seulement à

¹²⁴⁷ Contra (ce postulat): Cf. J. Hall, "Private Opportunity, Public Benefit?" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 366 où l'auteur indique que : "Whilst capital market disciplines and different managerial incentive structures are often claimed to make the private sector inherently more efficient than the public sector, there is little empirical evidence to support this view since there are relatively few examples of public and private firms competing against each other in the same markets and under the same competitive pressures".

¹²⁴⁸ En ce sens, Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 33. Pour ces auteurs, la *Value for Money* serait une étape d'audit préalable à la décision de contracter, tandis que la *Best Value for Money* serait l'objectif à atteindre lors de la négociation du contrat ; *adde* : B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 429.

¹²⁴⁹ Cf. PFI: Meeting the Investment Challenge (July 2003); PFI: Strengthening long-term partnerships (March 2006) et Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008), tous consultables sur le site: <http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp>

¹²⁵⁰ Cf. "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", p. 38.

¹²⁵¹ Dans le même sens, Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 33.

¹²⁵² En effet, selon la publication "Infrastructure Procurement: delivering long-term value (March 2008)" op. cit., p. 38 : "Value for money is a relative concept. It is measured in terms of a comparison with other potential or actual outcomes. To assess value for money therefore requires an ability to define, estimate or identify both a proposed approach and its related outcome and compare this to at least one alternative approach and its related outcome".

¹²⁵³ "Value for money is assessed at various stages throughout the life of a project. In the early stages of a value for money assessment, both at the strategic investment decision stage and at the delivery model decision stage, in most cases there will be a high degree of estimation as to the likely outturn of both the preferred and possible alternative procurement routes. Even at the later stages of an actual procurement, unless two identical projects have been procured under alternative delivery models, which is highly unlikely in practice, a procuring authority will not be able to measure definitively the relative value for money of alternative procurement routes. However,

une obligation juridique, mais également à une stratégie pour optimiser les coûts sur le long terme¹²⁵⁴. Par ailleurs, une telle évaluation doit nécessairement être soumise à des tests quantitatifs et qualitatifs¹²⁵⁵. Le Trésor britannique a identifié une douzaine de facteurs qui doivent être pris en compte par les autorités publiques, en fonction du projet en cause, afin d'obtenir une *Value for Money*¹²⁵⁶. Ainsi par exemple, la répartition optimale des risques entre parties constitue un facteur clé – ce qui s'explique par le fait que le risque est présent dans pratiquement tout projet d'infrastructure – pour l'obtention d'une *Value for Money*¹²⁵⁷. Chaque risque doit par conséquent faire l'objet d'une analyse approfondie et ne doit être transféré qu'à la partie qui est à même de mieux le gérer, le couvrir ou l'assumer¹²⁵⁸. On relève en effet que le risque ne disparaît pas par l'effet d'une structuration contractuelle, mais est simplement différemment réparti¹²⁵⁹. A cet effet, le Trésor britannique a développé des contrats standards de PFI (SoPC), lesquels proposent un modèle de référence en matière de répartition de risques entre les partenaires publics et privés ainsi que les principes de rédaction des clauses essentielles de contrats de PFI¹²⁶⁰. La dernière version de ces contrats standards (SoPC4) publiée en mars 2007 est obligatoire pour tous les contrats de PFI¹²⁶¹.

- 418.** La concurrence (voire même la contestabilité) constitue également un facteur fondamental entraînant la *Value for Money* et une productivité accrue¹²⁶². La procédure du dialogue compétitif, introduite au Royaume-Uni en 2006, semble avoir les faveurs des autorités britanniques dans le domaine de la PFI¹²⁶³. La mise en œuvre de la *Value for Money* doit cependant être conduite avec tact, car celle-ci ne constitue qu'une mesure

procuring authorities should note that in assessing value for money they should not depart from the generally accepted definitions": "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 38.

¹²⁵⁴ En ce sens Cf. P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 81.

¹²⁵⁵ "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 45.

¹²⁵⁶ "Procuring authorities need to: (1) be clear in their objectives; (2) focus on whole life costs; (3) use an outputs specification approach; (4) optimize the allocation of risks between the various parties; (5) rigorously identify, transfer and manage risks; (6) ensure there is competitive market; (7) ensure there are sufficient skills and expertise; (8) structure the procurement process appropriately; (9) leave sufficient flexibility; (10) ensure there are sufficient incentives within the procurement structure; (11) allow for sufficient and robust competition; (12) set an appropriate term for the contract": "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 36.

¹²⁵⁷ "Appropriate risk allocation and associated contractual incentives are essential for cost-effective and efficient project delivery for the public sector": "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 14.

¹²⁵⁸ Cf. en ce sens, J. Hall, "Private Opportunity, Public Benefit?" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 369 où l'auteur précise que: "Poor value for money is likely to result from the transfer of either too little risk to the private sector (which may dull efficiency incentives) or too much risk or the wrong types of risk, leading to higher costs".

¹²⁵⁹ Cf. en ce sens, "Ownership, Utility Regulation and Financial Structures: An Emerging Model", Dieter Helm, 2006 cité par "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 14.

¹²⁶⁰ "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 45.

¹²⁶¹ Ibid.

¹²⁶² Ibid. p. 39. *Contra* cependant: D. Yernault pour qui le risque est réel de voir advenir un marché oligopolistique d'autant plus attrayant pour les quelques opérateurs potentiels que le client qu'est le secteur public est captif puisque l'attente de la population et du monde économique serait immense après des décennies de sous-investissement: D. Yernault, « La contractualisation (forcée ?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public » in *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?*, Revue de droit de l'ULB op. cit., p. 156.

¹²⁶³ En ce sens et pour une description de cette procédure, Cf. "Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)", op. cit., p. 40.

relative que d'autres facteurs peuvent influencer¹²⁶⁴. Cette relativité de la *Value for Money* a entraîné comme corollaire l'usage du *Public Sector Comparator*.

II- Le Public Sector Comparator

419. Le *Public Sector comparator* (ou Comparateur du secteur public en abrégé CSP) a déjà été présenté comme une des méthodes de détermination de l'Optimisation de la dépense publique (Cf. n^{os} 174 à 176 *supra*). Selon M. Bertrand du Marais, le CSP se définit comme le calcul financier du coût de la fourniture du service par le secteur public lui-même – éventuellement selon une certaine dose d'association du secteur privé¹²⁶⁵. C'est, selon un autre auteur, un instrument de simulation qui, en dehors de toute considération politique, permet de comparer les coûts respectifs de chaque solution envisagée¹²⁶⁶. Quant à l'OCDE, il s'agit d'un plan de référence représentant une exposition hypothétique d'un projet qui serait entrepris par la voie traditionnelle, ce qui aide l'Etat à choisir entre le mode de prestation traditionnel ou un PPP pour fournir un service : le CSP modélise en pratique les estimations financières de ce que les coûts envisagés dans un P.P.P seraient si, au lieu d'un PPP, le projet était intégralement financé et géré par les pouvoirs publics¹²⁶⁷.

420. On a relevé un certain nombre d'avantages au CSP notamment en termes de transparence de la décision d'externaliser, d'objectivation des avantages et inconvénients aussi bien techniques, organisationnels que financiers de l'externalisation et enfin d'incitation à l'efficacité du service public, que celui-ci soit fourni en partenariat ou qu'il reste au final en régie¹²⁶⁸. On reproche néanmoins au CSP son caractère hypothétique dans la mesure où si l'Etat n'a pas l'intention d'utiliser le mode classique des marchés publics, il ne peut obtenir des propositions de prix ou des offres réelles¹²⁶⁹. De plus, si l'utilisation du CSP a permis de constater théoriquement une optimisation de la dépense publique, celle-ci ne peut être garantie après la conclusion du contrat que par une surveillance de la performance du PPP pendant toute sa durée de vie¹²⁷⁰. Toutefois, le CSP peut être employé soit avant la procédure d'appel d'offres (méthode en vigueur en

¹²⁶⁴ Comme le souligne le Trésor britannique : “While there is general agreement and reference to this high-level definition within the public sector and value for money is a concept often deployed across government, there is little actual detailed guidance on what value for money is and how it should be achieved, beyond the Value for Money Assessment Guidance5 for PFI. While value for money is often a function of the delivery model and the contractual structure used, the procurement process itself, and the way in which it is managed and undertaken, can also have a major impact on delivering value for money”: “Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008)”, op. cit., p. 38.

¹²⁶⁵ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 83 où l'auteur précise qu'il s'agit d'un point de comparaison ou d'un compte de référence, qui sera raffiné tout au long de la phase de préparation des négociations, avec lequel l'autorité délégante pourra comparer les offres et vérifier l'utilité de la participation privée.

¹²⁶⁶ N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, op. cit., p. 64.

¹²⁶⁷ Cf. en ce sens, OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 74.

¹²⁶⁸ P. Cossalter et B. du Marais, *La private finance initiative*, op. cit., p. 83.

¹²⁶⁹ Ibid. p. 74.

¹²⁷⁰ Ibid. p. 81; adde Gerrard pour qui : “PPPs can be an effective antidote to the temptation of short-termism in both the public and the private sector”: Michael B. Gerrard, “Public-Private Partnerships. What are public-private partnerships and how do they differ from privatizations?” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p.4.

Afrique du sud, au Japon et aux Pays-Bas)¹²⁷¹ soit après la procédure d'appel d'offres (méthode adoptée par l'Australie)¹²⁷².

421. En dernière analyse, la PFI est simplement une méthode, parmi d'autres¹²⁷³, de fourniture des services publics. Comme indiqué précédemment, le gouvernement anglais martèle qu'il n'est pas question de privilégier la PFI au détriment des méthodes classiques ou de toute autre approche d'exécution de la commande publique : le recours à la PFI est conditionné par l'obtention d'une *Value for Money*¹²⁷⁴. L'obtention de la *Value for Money* est cependant fondamentalement tributaire de la capacité de l'autorité publique à agir comme un client intelligent¹²⁷⁵. En effet, la seule structure du contrat ne suffit pas, car l'aptitude et les capacités du client conditionnent, en très grande partie, le succès de toute opération PFI¹²⁷⁶. Comme l'a remarqué par comparaison un auteur français, « *Finalement, le modèle français de concession n'est peut-être pas avant tout un modèle juridique. Le succès des entreprises françaises en la matière est ancien et ne saurait, sans aberration, être posé en conséquence de la forme contractuelle dominante qu'elles ont utilisée depuis un siècle. Car la superstructure juridique n'explique ni ne fonde rien. Ce qui est fondateur, c'est bel et bien, avant l'offre contractuelle, avant même la productivité et la compétitivité des opérateurs français, le savoir-faire technologique et industriel, voire organisationnel de ces entreprises, bref c'est la qualité de leurs ingénieurs... ce qui nous ramène à l'économie réelle, évolution naturelle dans la perspective d'études et de recherche en droit public économique* »¹²⁷⁷. De même, une partie de la doctrine française affirme que les règles du droit public constituent fréquemment, en France, un obstacle à la mise en place de mécanismes contractuels complexes permettant de déterminer au plus précis la répartition des risques et des financements entre les différents acteurs¹²⁷⁸. Fondée sur la *Value for Money*, la PFI consacre au contraire une approche fondamentalement financière et repose en amont sur une analyse essentiellement économique. Une telle analyse caractérise pour une large part l'approche économique et financière du BOT.

¹²⁷¹ Dans ce cas, le CSP est comparé à un PPP théorique ou de référence et on ne passe à l'appel d'offres que si ce PPP de référence a démontré que cette solution était à même d'offrir une meilleure ODP que le mode de prestation classique : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 72.

¹²⁷² Ici, le CSP est comparé aux offres réelles de P.P.P afin de déterminer si elles présentent ou non une ODP : OCDE, *Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources*, op. cit., p. 72.

¹²⁷³ Pour une analyse des différents autres modes ou approches de fourniture des services publics dont notamment : la concession, la « Strategic infrastructure partnership (SIP) », « l'integrator », « l'Alliancing », autres approches hybrides ainsi que les joint-ventures, Cf. « Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008) », op. cit., p. 20-27.

¹²⁷⁴ Ibid. p. 35.

¹²⁷⁵ En ce sens, Cf. « Infrastructure procurement: delivering long-term value (March 2008) », op. cit., p. 48.

¹²⁷⁶ Ibid.

¹²⁷⁷ Gilles J. Guglielmi « Le modèle français de la concession: conquête ou concurrence? », Colloque *Le droit administratif est-il encore exportable ?*, 6 octobre, 2006, p. 5.

¹²⁷⁸ D. Linotte et B. Cantier, « 'Shadow Tolls' : le droit public français à l'épreuve des concessions à péages virtuels », AJDA, novembre 2000, op. cit., p. 864.

TITRE II : L'APPROCHE ÉCONOMIQUE ET FINANCIÈRE : LE BOT COMME MODALITÉ PARTICULIÈRE DU *PROJECT FINANCING*

422. Après la seconde guerre mondiale, de nombreux projets publics étaient directement réalisés par les personnes publiques – notamment dans les pays en développement – par un recours soit à leurs ressources budgétaires, soit à des emprunts¹²⁷⁹. Par la suite, autour de la fin des années 1970, la tendance a été de rechercher des moyens alternatifs de financement de projets, en raison notamment d'une forte croissance de la demande en infrastructures corrélée par une diminution des ressources budgétaires ainsi que de la capacité d'endettement des Etats¹²⁸⁰. Une des alternatives au financement exclusivement public a consisté en l'association des personnes privées à la réalisation de projets publics, notamment par le biais du financement privé.
423. Parmi les techniques permettant un financement exclusivement ou substantiellement privé (c'est-à-dire sans recours ou garantie de personnes publiques), le procédé de *project financing*, utilisé surtout dans le domaine de l'exploration pétrolière et gazière, a émergé et s'est perfectionné dans le courant des années 1970¹²⁸¹. Certaines grandes firmes internationales et certains Etats en développement, s'inspirant par ailleurs du modèle concessif, ont commencé à explorer la possibilité de promouvoir les projets d'infrastructures à financement privé et sans recours. C'est ainsi qu'est né le BOT (Cf. n° 11 *supra* pour l'origine du concept). Le BOT tire sa substance de la technique du *project financing*, laquelle est décrite comme étant « *plus qu'une technique bancaire d'origine anglo-saxonne : c'est une révolution dans l'approche des marchés domestiques ou étrangers. Il ne s'agit plus seulement de vendre des biens d'équipement ; il faut aussi accepter de devenir actionnaire, constructeur ou opérateur d'un projet. Il n'est plus question de prêter à un Etat ou à une entreprise qui peuvent se prévaloir d'un budget ou d'un bilan ; mais à un projet, à une entité ad hoc, qui doit générer un cash flow suffisant pour le service de la dette* »¹²⁸².
424. Le *project financing* consiste par conséquent en une appréhension globale d'un projet d'investissement faisant appel à un ensemble d'outils juridiques et fiscaux, mais surtout économiques et financiers. Il s'agirait même d'une sorte d'ingénierie financière, du « sur

¹²⁷⁹ M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries", op. cit., p. 1.

¹²⁸⁰ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project finance, BOT Projects and risk*, op. cit., p. 56 ; *adde* : S.E. Rauner, "Project finance: A risk spreading approach to the commercial financing of economic development", in Harvard International Law Journal, vol. 24, summer 1983, p. 148-149. Certains auteurs relèvent comme autres facteurs ayant conduit à la recherche de moyens alternatifs de financement de projets : le désir des grandes firmes internationales de développer d'autres types de projets après la crise dans le secteur pétrolier ainsi que la mouvance des privatisations promue notamment par les grandes institutions financières internationales : M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries", op. cit., p. 1.

¹²⁸¹ Pour MM. Bénichou et Corchia, l'exploitation minière et la production pétrolière représentaient historiquement la quasi-totalité des financements de ce type. Il apparaît néanmoins de nos jours que des domaines aussi divers tels que les infrastructures, les télécommunications, les loisirs et l'industrie font appel à ce marché : Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – Project Finance*, op. cit., p. 15 ; *adde* : M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries" op. cit., p. 2 où ces auteurs précisent qu'aux Etats-Unis et dans d'autres pays développés, la technique du *project financing* a été mise en œuvre pour réaliser de nombreux projets d'infrastructure à financement privé tels les centrales électriques, les usines de traitement de déchets, ponts, tunnels, autoroutes à péage et immeubles de bureaux.

¹²⁸² J. Desponts, préface à l'ouvrage, *Le financement de projets – Project Finance* d'I. Bénichou et D. Corchia op. cit.

mesure »¹²⁸³. Si le *project financing* apparaît comme du « sur mesure », certaines de ses caractéristiques paraissent toutefois consubstantielles à toute opération qui s'en inspire. D'une part, on devra accepter de devenir actionnaire, constructeur ou opérateur du projet auquel les fonds sont exclusivement prêtés et qui, par le biais notamment d'une entité *ad hoc*, doit générer suffisamment de cash flow pour le service de la dette. D'autre part, les risques du projet doivent être cernés avec précision afin d'en déterminer la répartition optimale entre les différents intervenants. Une telle répartition est en principe basée tant sur la capacité de ces derniers à gérer ces risques que sur leur désir de les assumer.

- 425.** Ces mêmes caractéristiques sont présentes dans tout projet BOT, ce qui explique que ce type d'opérations ait pu être considéré comme une modalité particulière du *project financing* soumis par ailleurs aux mêmes exigences économiques et financières. Dans cette perspective, l'approche économique et financière du concept de BOT révèle que le *project financing* en constitue le socle de référence (Chapitre 1) et que, partant, la rentabilité du projet ainsi que la répartition optimale des risques y occupent une place de choix (Chapitre 2).

¹²⁸³ Ibid.

426. Le *project financing* tel qu'esquissé ci-dessus est actuellement utilisé dans des domaines très variés tels les infrastructures, les télécommunications, les loisirs et l'industrie. Il paraît avoir dès lors une vocation universelle, de sorte que les investisseurs qui y ont recours sont susceptibles d'être intéressés par tout projet, quelle qu'en soit la localisation géographique dans le monde¹²⁸⁴. Outre l'aspect financier que cette technique implique, l'on a relevé qu'elle séduit les différents promoteurs qui en font usage par l'envergure des projets en cause, ces derniers permettant souvent, soit d'améliorer la vie des utilisateurs, soit de laisser une empreinte sur une époque par leur audace¹²⁸⁵. Elle semble par ailleurs recéler un certain nombre d'avantages – réels et potentiels – pour les autorités publiques qui y ont recours tout en permettant à celles-ci de rester gardiennes de l'intérêt général qui a justifié le projet¹²⁸⁶.
427. Nonobstant son caractère de « sur mesure », le *project financing* – et plus généralement tout projet qui s'appuie sur cette technique – comporte une caractéristique fondamentale : le remboursement du prêt dépend partiellement (il s'agit alors de prêt à recours limité ou *limited recourse financing*) ou exclusivement (cas du prêt sans recours ou *non recourse financing*) des cash flow générés par le projet lui-même¹²⁸⁷. Toutefois, cette technique peut se révéler d'une certaine complexité. Au-delà de l'exigence de rentabilité du projet, elle suppose, d'une part, une analyse exhaustive des risques inhérents au dit projet et, d'autre part, la mise en place d'un montage juridique et financier permettant une répartition acceptable, entre toutes les parties prenantes, des risques décelés au cours de l'analyse précitée. L'analyse économique et financière du projet apparaît dès lors comme un préalable incontournable du *project financing* et en forme au demeurant la substance. Une telle analyse doit en fin de compte permettre un montage juridique et financier dont l'objectif est de servir les intérêts de toutes les parties impliquées dans le projet.
428. Le *project financing* offre ainsi l'occasion d'une dialectique, d'une interaction féconde entre droit et économie dont la seule approche juridique classique ne saurait rendre entièrement compte. M. Rauner relève en effet que : "*Project finance departments had somehow to translate macroeconomic and political trends into microeconomics terms in order to assess their potential impact on particular projects under consideration*"¹²⁸⁸. De ce fait et afin, d'une part, de permettre une meilleure compréhension de la suite de nos développements et, d'autre part, d'apporter suffisamment de lumière sur les mécanismes du *project financing*, il convient d'appréhender au préalable l'interaction entre droit et économie que cette technique implique (Section 1). Nous pourrions ainsi aisément en analyser l'économie générale (Section 2). Les enseignements tirés du cadre et du contenu du *project financing* ainsi analysés nous permettront alors de jeter un regard prospectif sur la fonction et la mise en œuvre de cette technique, d'une part, en tant que précieux outil d'aide à la décision d'investissement (Section 3) et, d'autre part, en tant que procédé combinant incitation et surveillance de chacune des parties impliquées dans le projet (Section 4).

¹²⁸⁴ En ce sens, A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, Paris, JOLY éditions, 2002, p. 7.

¹²⁸⁵ A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., p. 4-5.

¹²⁸⁶ Ibid. p. 5-6.

¹²⁸⁷ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – Project Finance*, op. cit., p. 15.

¹²⁸⁸ S.E. Rauner, "Project finance: A risk spreading approach to the commercial financing of economic development", op. cit., p. 152.

SECTION I : LE PROJECT FINANCING : CADRE D'INTERACTION ENTRE DROIT ET ÉCONOMIE

429. Une analyse étymologique a fait apparaître une proximité entre le droit et l'économie : l'*oïkos nomos* (l'économie en grec) concerne les règles d'organisation des tâches productives et reproductives au sein de la famille, laquelle englobe aussi bien la parenté que la domesticité¹²⁸⁹. Pour les Grecs par conséquent, l'*oïkos nomos* n'est qu'une branche du droit ayant vocation à régir la domesticité car, le droit (*Nomos*) n'est pas conçu comme ayant pour finalité de maximiser la jouissance consummatrice, objectif naturel de la sphère économique si celle-ci était laissée à elle-même¹²⁹⁰. Il y a par conséquent au départ une confusion de l'économique dans le juridique, ce que plusieurs siècles de cohabitation n'ont eu de cesse de transformer¹²⁹¹. Comme le remarque un auteur en effet, « *Les rapports du Droit et de l'Economie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle et enfin d'intérêt réciproque* »¹²⁹². Cet intérêt réciproque s'est traduit à l'époque contemporaine par les notions de droit économique¹²⁹³ et d'analyse économique du droit. Cette dernière notion, également connue en France sous l'appellation économie du droit¹²⁹⁴, est née, comme nous l'avons vu, du mouvement doctrinal américain « *Law and Economics* » et consiste en une systématisation théorique de l'ensemble des institutions juridiques telles la propriété ou encore le contrat.
430. Il en résulte que la norme économique et la norme juridique viennent au soutien l'une de l'autre dans un rapport d'interdépendance¹²⁹⁵. Le *project financing* implique justement une telle interdépendance droit-économie, d'autant plus précisément que sa mise en œuvre se déroule essentiellement dans un cadre contractuel. Il apparaît dès lors indispensable, avant de tenter d'appréhender les implications de l'interaction droit-économie dans le domaine des contrats (sous-section 2), de faire une brève présentation du cadre même de cette interaction (sous-section 1).

Sous-section 1 : Law and economics comme cadre dialectique entre droit et économie

431. *Law and economics* ou l'analyse économique du droit se présente comme une lecture du droit qui s'inspire de concepts économiques¹²⁹⁶. Comme déjà évoqué, elle est l'objet des études du courant doctrinal américain *economic analysis of law* ou *law and*

¹²⁸⁹ En ce sens Cf. R. Sève, « Droit et économie : quatre paradigmes », in *Droit et économie*, APD, tome 37, Paris, Sirey, 1992, p. 63. Dans cet article, l'auteur distingue dans la tradition occidentale quatre modèles du rapport entre droit et économie dont il étudie la genèse respective.

¹²⁹⁰ Ibid. ; *adde* pour une définition contemporaine de l'économie : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 26 où ces auteurs définissent l'économie comme étant un « système de coordination des activités productives d'une société », la science économique étant quant à elle l'étude des économies à l'échelle des individus et de la société dans son ensemble.

¹²⁹¹ Cf. en ce sens G. Royer, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009, p. 4 (ainsi que les références citées) où l'auteur rappelle toutefois que l'*oïkos nomos* ne serait pas l'ancêtre de l'économie politique mais bien du droit de la famille.

¹²⁹² B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, tome 37, op. cit., p. 17.

¹²⁹³ Sur la naissance et l'évolution du concept de droit économique, Cf. B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 19 ainsi que toutes les références citées par cet auteur.

¹²⁹⁴ Cf. sous ce titre notamment : Th. Kirat, *L'économie du droit*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 1999 ; B. Leminnicier, *Economie du droit*, Paris, Editions Cujas, coll. Théories économiques, 1991.

¹²⁹⁵ Cf. R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation » consultable sur www.Dalloz.fr (publié également à la RTDciv., 2006, p. 505 et s).

¹²⁹⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 6.

economics et se distingue du droit économique tel qu'entendu traditionnellement dans la littérature juridique francophone (Cf. *supra* n° 33). L'analyse économique du droit affirme en effet se donner plus d'ambition et notamment, de participer de la noble mission qu'est celle de la doctrine dans les systèmes civilistes : elle tendrait ainsi à déceler et exprimer l'ordre sous-jacent dans les écrits du droit positif, pour permettre aux juristes de mieux le comprendre et, par l'interprétation des concepts, d'étendre leur logique aux différents inédits susceptibles de se présenter¹²⁹⁷. Après une brève présentation de l'historique du mouvement *law and economics* (I), nous en présenterons les fondements, les outils conceptuels ainsi que les méthodes (II).

I- Bref historique de *law and economics*

432. Comme évoqué dans notre propos introductif, l'idée de recourir aux concepts économiques pour mieux comprendre le droit n'est pas nouvelle : elle remonterait en effet à Machiavel, à Hobbes et à Locke ainsi qu'aux penseurs écossais du Siècle des lumières, mais le mouvement actuel est d'origine américaine¹²⁹⁸. Pour le Professeur Richard A. Posner, jusque dans les années 1960 et quoiqu'il y ait eu des travaux d'analyse économique dans certains domaines du droit, cette démarche se réduisait virtuellement à l'analyse économique du droit de la concurrence¹²⁹⁹. L'analyse économique contemporaine du droit a eu pour point de départ deux articles dont un de Guido Calabresi sur la responsabilité délictuelle et l'autre de Ronald Coase sur les coûts sociaux¹³⁰⁰. A ces deux auteurs, considérés comme étant parmi les fondateurs de l'analyse économique du droit, on ajoute Gary Becker dont la contribution a consisté, d'une part, à souligner l'importance de l'économie dans des rapports « hors marchés » (bienfaisance, amour, dépendance par exemples) et, d'autre part, à examiner sous le prisme de l'économie un certain nombre de domaines particuliers que les études de Coase et de Calabresi n'avaient pas abordés (c'est ainsi que Becker a fait une analyse économique du crime, de la discrimination raciale, du mariage et du divorce)¹³⁰¹.

433. Pour MM. Mackaay et Rousseau, le mouvement actuel de l'analyse économique du droit a deux ancêtres immédiats : d'une part, le courant économique parfois péjorativement qualifié « impérialisme économique » – qui depuis les années 1950 cherche à appliquer les outils d'analyse économique en dehors du domaine traditionnel de la science économique – et, d'autre part, le mouvement juridique d'entre deux guerres dit « réalisme juridique (*legal realism*) » dont les défenseurs considéraient que « *La science économique et la sociologie étaient non seulement des disciplines alliées, mais faisaient en quelque sorte partie intégrante du droit* »¹³⁰².

¹²⁹⁷ En ce sens *ibid.*, p. 6-7.

¹²⁹⁸ *Ibid.* p. 7.

¹²⁹⁹ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, New York, Aspen Publishers, 2007, p. 23.

¹³⁰⁰ *Ibid.* : « *The new law and economics began with Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost* » (i.e. Guido Calabresi, "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", 70 Yale Law Journal, 499, 1961 ; Ronald H. Coase, "The problem of social cost", 3 Journal of Economic law, 1, 1960); *adde*: E. Mackaay, "L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes", in B. Deffains (dir.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, Paris, éditions Cujas, 2002, p. 11, préc. note 2.

¹³⁰¹ En ce sens Cf. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 24.

¹³⁰² E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 7 ainsi que la référence à Gilmore citée par les auteurs (qui soulignent dans le texte) ; *adde* sur le mouvement du réalisme juridique : T. Daintith, « Pouvoir étatique en droit et en économie » in *Philosophie du droit et droit économique : Quel dialogue ? – Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p. 370-371.

434. Le développement de l'analyse économique du droit aux Etats-Unis s'est déroulé en quatre phases: le décollage chez les économistes (1957-1972), le paradigme accepté en droit (1972-1980), le débat sur les fondements (1980-1982) et le mouvement élargi (depuis 1982)¹³⁰³. Un tel développement s'explique par le fait que les sciences juridiques ont été, aux Etats-Unis notamment, un terreau favorable aux recherches interdisciplinaires de sorte que l'originalité de l'analyse économique du droit réside dans sa double appartenance disciplinaire : en direction du droit, il s'agit d'éclairer le raisonnement juridique par des considérations économiques tandis qu'en direction de l'économie, il est question de préciser l'importance de l'environnement institutionnel sur les performances économiques en termes d'allocation des ressources¹³⁰⁴.
435. La publication en 1972 par le Professeur Richard A. Posner de la première édition de son ouvrage *Economic analysis of Law* est considérée comme une véritable percée du mouvement de l'analyse économique du droit, percée accompagnée par les facultés de droit les plus dynamiques¹³⁰⁵ et portée par un véhicule nouveau qu'est le *Journal of Legal Studies* dont M. Posner est le premier rédacteur en chef¹³⁰⁶. C'est bien plus tard que le mouvement de l'analyse économique du droit a gagné d'autres pays : d'abord, au milieu des années 1970, l'Australie, le Canada, l'Angleterre et la Suède et puis après l'Europe continentale, notamment les pays de langue allemande¹³⁰⁷. Comme nous l'avons vu, on a toutefois observé les plus vives résistances à l'éclosion de l'analyse économique du droit dans les pays d'expressions françaises, notamment en France et en Belgique francophone (Cf. *supra* n° 57) où une partie de la doctrine prétend que la théorie économique ne déguiserait qu'un message idéologique néolibéral. Pour une autre partie de la doctrine toutefois, le droit et l'économie ont fondamentalement le même objet à savoir créer les conditions de la meilleure coopération possible entre les hommes dans un monde où les ressources de temps, d'espace, et, partant, de savoirs sont limitées¹³⁰⁸. Cette controverse pose en réalité la question des fondements, des outils conceptuels ainsi que de la méthode de l'analyse économique du droit.

II- Fondements, outils conceptuels et méthode de law and economics

436. Selon M. Coppens, le problème de l'analyse économique du droit, du point de vue épistémologique¹³⁰⁹, est celui de l'autonomie de deux sous-systèmes sociaux, celui du droit et de l'économie ou de leur union¹³¹⁰. L'analyse économique du droit se propose en effet de remonter à la raison d'être des institutions juridiques, c'est-à-dire d'analyser la nature de la règle de droit et des fonctions qu'elle joue dans une économie complexe. Elle

¹³⁰³ Sur cette évolution Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 8-14.

¹³⁰⁴ Cf. en ce sens, S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 13.

¹³⁰⁵ S. Ferey note ainsi qu'à partir des années 1980, l'analyse économique du droit va se dégager de l'influence principale qu'exerçait l'école de Chicago : S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », op. cit., p. 13.

¹³⁰⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 9-10.

¹³⁰⁷ En ce sens, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 14-15 où ces auteurs relèvent que l'éclosion de l'analyse économique du droit s'est produite en Flandres et aux Pays-Bas à la fin des années 1980 et par la suite, depuis la fin des années 1990, cette démarche a suscité de l'intérêt en Italie.

¹³⁰⁸ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211.

¹³⁰⁹ L'épistémologie recherche les formes adéquates pour représenter un objet de connaissance et nous en informe : P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 207.

¹³¹⁰ Ibid. p. 211.

postule, grâce à certains outils conceptuels, que ces institutions présentent une rationalité sous-jacente uniforme qui en constitue les fondements (A). Elle propose par ailleurs une méthode pour éclairer cette raison d'être (B).

A- Fondements de law and economics

Law and economics repose principalement sur les acquis de la théorie microéconomique (1) lesquels suscitent toutefois débats (2).

1- Les acquis de la théorie microéconomique comme fondements de law and economics

437. Comme nous l'avons brièvement évoqué à l'introduction, les fondements théoriques de l'analyse économique du droit sont tirés du courant néo-classique ou marginaliste né au début des années 1870 des travaux du britannique Stanley Jevons [1835-1882], du français Léon Walras [1834-1910] et de l'autrichien Carl Menger [1840-1921]¹³¹¹. Alfred Marshall [1842-1924] est également considéré comme ayant eu un rôle significatif dans le développement des concepts et techniques « marginalistes »¹³¹². Comme déjà évoqué (Cf. *supra* n° 36), le courant néo-classique s'attache à l'étude de la microéconomie par opposition à la macroéconomie. Il s'attache par conséquent à l'analyse du comportement économique au niveau d'entités individuelles – d'où l'idée selon laquelle l'analyse microéconomique procède d'un individualisme méthodologique – telles qu'un consommateur ou une entreprise, dans le but de trouver l'équilibre de marché. Pour résumer, l'objet de la microéconomie repose essentiellement sur l'étude de l'affectation optimale d'une ressource donnée à des usages alternatifs ou concurrents.

438. Un des principaux axiomes de la microéconomie est celui de la rationalité des agents économiques¹³¹³. Cet axiome postule que lorsque son environnement se modifie, l'être humain adapte son comportement de manière à tirer parti de ce changement¹³¹⁴. L'économie entendue au sens large se définit dès lors comme la science du choix rationnel dans un monde – notre monde – dans lequel les ressources sont limitées par rapport aux désirs de l'être humain¹³¹⁵. Cet être humain, présumé rationnel, tendrait à maximiser ses buts ou ses satisfactions dans la vie de sorte que l'économie ainsi définie a pour but

¹³¹¹ En ce sens Cf. E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, 3^{ème} éd., op. cit., p. 9.

¹³¹² Ibid. (ce sont les auteurs qui soulignent dans le texte).

¹³¹³ La notion d'agent économique conduit les théoriciens néoclassiques à envisager l'individu selon sa fonction consommateur ou producteur (E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 10). Par ailleurs, un comportement rationnel a au moins deux significations : d'une part, il peut s'agir de méthode (avoir un comportement rationnel consiste alors à choisir une action sur la base d'un raisonnement et non pas d'habitudes ou d'émotions) et, d'autre part, il peut s'agir de résultat (avoir un comportement rationnel signifie dans ce cas avoir choisi l'action permettant d'atteindre les objectifs poursuivis). Toutefois et au-delà de cette distinction, il est admis qu'une bonne réflexion conduit en général à de bons résultats et que de bonnes méthodes peuvent parfois conduire à de mauvais résultats alors même que des méthodes jugées non réfléchies peuvent permettre d'atteindre les objectifs fixés : en ce sens Cf. J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 26.

¹³¹⁴ Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 24 ; P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 39 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 29 ; adde : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 27 ; S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », op. cit., p. 18.

¹³¹⁵ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 3.

d'explorer les implications de cette recherche de l'intérêt personnel, ou mieux, des utilités personnelles¹³¹⁶.

439. De ce qui précède, il résulte que l'analyse microéconomique repose sur l'idée fondamentale que l'être humain est un agent rationnel qui cherche à maximiser ses utilités dans tous les aspects de sa vie, et non pas uniquement dans le domaine des échanges marchands¹³¹⁷. Cette idée implique que l'homme réagit aux incitations. Autrement dit, dans des circonstances données, l'homme modifiera son comportement si par ce changement il augmente ses satisfactions. De ce postulat, découle les trois¹³¹⁸ principes fondamentaux de l'analyse économique¹³¹⁹ (a) lesquels connaissent toutefois des correctifs et des compléments (b).

a- Les trois principes fondamentaux de l'analyse économique

440. Le premier principe consiste en la relation inversement proportionnelle entre le prix fixé et la quantité demandée¹³²⁰. Il s'agit, plus classiquement, de la loi de l'offre et de la demande¹³²¹.

441. Le deuxième principe est celui du coût (d'opportunité), synonyme – mais pas toujours – de prix alternatif¹³²². Tous les coûts sont en définitive des coûts d'opportunité¹³²³, ce qui

¹³¹⁶ Ibid. L'auteur précise que l'intérêt personnel ne doit pas être confondu avec l'égoïsme, d'où le choix fait par les économistes qui préfèrent parler d'utilité.

¹³¹⁷ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 4; adde: J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 25 où ces auteurs précisent que l'économie va au-delà des échanges marchands et que les économistes tentent par ailleurs non seulement de prendre en compte des comportements irrationnels et altruistes, mais également consacrent des efforts à l'étude des interactions hors marché, allant des relations familiales aux conflits violents.

¹³¹⁸ En fonction des options pédagogiques retenues par tel ou tel économiste à l'époque contemporaine, ce chiffre peut fortement varier. Ainsi par exemple Stiglitz et consorts en retiennent cinq soit, les arbitrages, les incitations, l'échange, l'information et la distribution (Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 6) tandis que Krugman et Wells en compte douze dont quatre impliquant les choix individuels, cinq en rapport avec la manière dont les individus interagissent et trois relatifs aux interactions à l'échelle de l'économie dans son ensemble (Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 32).

¹³¹⁹ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 4. Pour Posner en effet, "The concept of a man as a rational maximizer implies that people respond to incentives – that if a person's surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so. From this proposition derive the three fundamental principles of economics".

¹³²⁰ Cette idée, fondamentale en économie, signifie que si les forces de l'offre et de la demande jouent librement, le prix d'un bien mesure sa rareté : Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 49. Ces auteurs ajoutent néanmoins que les prix font plus que mesurer la rareté : ils fournissent à l'économie l'incitation à utiliser efficacement les ressources rares dont elle dispose de sorte qu'un des objectifs prioritaires des économistes est d'étudier les forces qui déterminent les prix.

¹³²¹ Pour un examen détaillé de la question Cf. J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 47 et s. ; J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 49 et s.

¹³²² Le véritable coût d'un bien est son coût d'opportunité c'est-à-dire ce à quoi on doit renoncer pour obtenir ce bien : Cf. en ce sens P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 35. Ces auteurs précisent toutefois que si ce qu'on paie pour une chose est un bon indicateur de son coût d'opportunité, tel n'est pas toujours le cas : le coût des études universitaires est ainsi constitué non seulement des frais d'inscription, de logement et d'outils pédagogiques, mais également du revenu auquel on renonce en ne travaillant pas. Le coût d'opportunité des études universitaires peut dès lors s'avérer particulièrement élevé pour les personnes qui pourraient gagner beaucoup d'argent pendant les années qu'elles auraient pu autrement passer à étudier (ceci expliquerait par

a pour conséquence que les choix font intervenir à chaque fois des arbitrages – obtenir plus d’une chose implique d’en avoir moins d’une autre – du fait de la rareté. L’on ne supporte toutefois un coût que s’il n’est pas possible d’utiliser librement une ressource¹³²⁴. Selon Posner, une application remarquable du principe du coût d’opportunité en analyse économique du droit est le théorème de Coase sur les coûts de transaction¹³²⁵ (Cf. *infra* n^{os} 448 à 450) les développements sur la théorie des coûts de transaction).

- 442.** Enfin, le troisième principe postule que si l’échange volontaire¹³²⁶ est permis – par le biais d’un marché par exemple – les ressources auront tendance à s’orienter vers leurs usages les plus valorisés¹³²⁷. Pour M. Posner en effet, le processus d’échange volontaire permet que les ressources soient orientées vers les usages les plus valorisés par les consommateurs, mesurés par leur volonté de payer : de telles ressources sont utilisées avec efficacité dès lors qu’on en fait un usage le plus valorisé ou, alternativement, lorsqu’aucune réallocation ne peut augmenter leur valeur¹³²⁸. D’autres concepts ainsi que des correctifs rentrent également en ligne de compte de l’analyse économique. Leur importance pour notre sujet en justifie la présentation, même synthétique.

b- Les correctifs et concepts complémentaires à l’analyse économique

Ces correctifs et compléments se rapportent à un certain nombre de concepts et notions essentiels pour l’analyse économique tels la notion d’optimalité, la théorie des coûts de transactions, la théorie des jeux et la théorie de l’asymétrie d’information et le concept de marché.

exemple le fait que les sportifs professionnels vont rarement à l’université ou la quitte avant d’être diplômés) ; *adde* : J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d’économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 35 ; P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l’utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l’économie*, op. cit., p. 213.

¹³²³ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 37.

¹³²⁴ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 6. Cet auteur illustre cette situation en affirmant que dans la mesure où nous respirons à l’envi sans priver qui que ce soit de l’air dont il aurait besoin, aucune personne ne saurait nous rétribuer pour obtenir une certaine quantité d’air : l’air – et partant respirer – n’entraîne par conséquent aucun coût.

¹³²⁵ Ibid. p. 7.

¹³²⁶ A côté d’autres formes de rationnement des biens que sont la violence, la dictature, le principe du premier arrivé, premier servi, le tirage au sort... les économistes considèrent que dans un échange volontaire, les deux parties sont gagnantes dans la mesure où l’échange est susceptible d’améliorer le bien-être de l’une et de l’autre : Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d’économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 11 ; P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 44.

¹³²⁷ Il est ainsi admis que les incitations forgées par une économie de marché garantissent que les ressources soient généralement bien utilisées, et que les opportunités d’améliorer le sort des individus ne sont pas gaspillées : Cf. en ce sens P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 49 ; J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d’économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 26 ; J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 35-36.

¹³²⁸ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 9 : “By a process of voluntary exchange, resources are shifted to those uses in which the value to consumers, as measured by their willingness to pay, is highest. When resources are being used where their value is highest, or, equivalently, when no reallocation would increase their value, we say they are being employed efficiently”. Ainsi, par exemple, un fermier A offrira d’acheter la ferme de B à un prix plus élevé que le prix minimum fixé par ce dernier, pour la raison que cette ferme a plus de valeur pour A que pour B. Autrement dit, A croit pouvoir exploiter cette ferme de sorte à produire des biens mieux valorisés, cette valorisation étant mesurée par la volonté de payer des consommateurs.

◆-Le concept de marché

443. Pour les économistes, il y a marché chaque fois qu'il y a échange¹³²⁹. Les interactions de marché présentent alors deux caractéristiques : elles sont mutuelles et volontaires¹³³⁰. Toutefois, ces mêmes économistes sont quasi-unanimes pour dire que dans certains domaines, les marchés risquent d'aboutir à des résultats que la société peut juger non souhaitables¹³³¹. Ainsi, on a relevé que même si pour tout système économique l'efficacité est une propriété importante, les questions d'équité¹³³² ne peuvent être ignorées¹³³³.

444. L'Etat joue alors un rôle décisif dans les économies de marché car, il lui revient de fixer le cadre légal au sein duquel les entreprises privées et les individus agiront¹³³⁴ ou encore de procéder aux arbitrages nécessaires entre équité et efficacité¹³³⁵. Les politiques en faveur de l'équité ont souvent des coûts en termes d'efficacité économique réduite et *vice versa*¹³³⁶. Dès lors, la question de savoir jusqu'où promouvoir l'équité au détriment de l'efficacité est une question difficile qui conduit au cœur du processus politique et à laquelle les économistes ne peuvent pas répondre en tant que telle¹³³⁷. L'on relève toutefois que l'intervention de la puissance publique peut améliorer le bien-être de la société quand les marchés ne sont pas efficaces¹³³⁸. Les tenants de l'économie du bien-être vont plus loin et ont développé la notion d'optimalité.

◆-La notion d'optimalité

445. A l'instar de ce que l'économie privée cherche à faire spontanément, on estime que l'Etat doit veiller à ne pas gaspiller de ressources productives en les allouant inefficacement. De la sorte, aux fins de maximiser son bien-être, toute communauté doit tirer le meilleur parti des ressources dont elle dispose à un moment donné c'est-à-dire qu'elle doit veiller à les utiliser de façon optimale¹³³⁹. La difficulté est celle de pouvoir

¹³²⁹ En ce sens, Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 11

¹³³⁰ Cf. en ce sens J. Hirshleifer, A. Glazer et D. Hirshleifer, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 34. Pour ces auteurs, les donations sont considérées comme dépassant le cadre du marché car elles ressortissent davantage de transactions unilatérales que mutuelles. Le caractère volontaire de l'échange sur le marché s'appuie quant à lui sur le concept de propriété – droit légal sur un bien – pour différencier un tel échange d'une extorsion criminelle.

¹³³¹ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 11.

¹³³² Pour Krugman et Wells, l'équité signifie que tout le monde obtient sa juste part. Par conséquent, dès lors que l'on peut être en désaccord à propos de ce qui est « juste », l'équité n'est pas un concept aussi bien défini que l'efficacité : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 48.

¹³³³ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 26. A la question de savoir si la politique économique devrait toujours s'efforcer d'atteindre l'efficacité économique, Krugman et Wells répondent par la négative estimant que l'efficacité n'est pas le seul critère par lequel juger une économie, la justice ou l'équité devant également être prises en considération : P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 48.

¹³³⁴ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 12.

¹³³⁵ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 48.

¹³³⁶ En ce sens Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 14.

¹³³⁷ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 48-49. Ces auteurs précisent que ce qui est important pour les économistes est de rechercher une utilisation aussi efficace que possible des ressources d'une économie en vue des buts de la société, quels que soient par ailleurs ces buts.

¹³³⁸ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 50.

¹³³⁹ L. Weber, *L'Etat acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 20-21.

disposer d'un critère permettant de définir l'allocation optimale des ressources. En ce qui concerne le secteur public notamment, l'économie du bien-être se donne pour objectif d'évaluer, pour ensuite les comparer, différentes situations économiques – ou états du monde – du point de vue du bien-être de la collectivité. Pour ce faire, le critère clé utilisé pour déterminer le bien-être collectif – à partir de celui des individus – est celui proposé par Pareto en 1927¹³⁴⁰.

446. Le critère de Pareto part de l'hypothèse que chaque individu serait personnellement en mesure de classer dans l'ordre (dé)croissant de préférence – c'est-à-dire ordinalement – les différents états du monde qui s'offrent à lui, ce qui peut s'énoncer de deux manières : d'une part, un état du monde doit être préféré à un autre si une personne au moins gagne au changement, sans que personne n'en souffre (c'est le critère relatif) ou, d'autre part, l'allocation des ressources est optimale, et partant le bien-être de la collectivité est à un maximum, s'il n'est plus possible, par une modification de l'allocation, d'améliorer le bien-être d'une personne au moins sans qu'aucune autre personne n'en souffre (c'est le critère absolu)¹³⁴¹.

447. De nombreux auteurs ont néanmoins relevé que le critère de Pareto est unanimiste et est dès lors difficilement applicable dans la réalité car, toute allocation se traduit presque inévitablement par une diminution du bien-être de certains individus¹³⁴². C'est ainsi que Hicks et Kaldor (1939) ont imaginé d'étendre la portée de ce critère par l'application d'un test de compensation qui postule que : un état Y de l'allocation est socialement préférable à un état X lorsque les individus qui gagnent à ce changement sont potentiellement en mesure de compenser les perdants et de conserver malgré tout un gain¹³⁴³. Une telle compensation peut cependant n'être que théorique¹³⁴⁴. Si ce critère proposé par Kaldor et Hicks ne paraît pas tout à fait réaliste – l'indemnisation qu'il postule peut en effet avoir un coût prohibitif – il s'est toutefois imposé dans le discours économique fondé sur le modèle néo-classique comme le critère pour juger des politiques¹³⁴⁵. En définitive, une allocation qui réalise l'optimum de Pareto est une allocation au sens de Kaldor-Hicks¹³⁴⁶ d'autant plus que dans la réalité, presque tous les projets (publics ou privés) présentent des externalités et partant des coûts de transactions.

¹³⁴⁰ Pour les détails et l'application de ce critère, Cf. E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 84 et s. ; L. Weber, *L'Etat acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 22 et s.

¹³⁴¹ V. en ce sens L. Weber, *L'Etat acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 22.

¹³⁴² R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 13 où l'auteur indique : "A broader objection to the criterion of Pareto is that it has few applications to the real world because most transactions (and if not a single transaction, then a series of like transactions) have effects on third parties, if only by changing the prices of other goods or by distressing observers"; adde: Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 84; L. Weber, *L'Etat acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 25.

¹³⁴³ En ce sens Cf. L. Weber, *L'Etat acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 25 où l'auteur précise que l'aptitude des gagnants à compenser les perdants permet d'éviter que ces derniers souffrent du changement.

¹³⁴⁴ En ce sens Cf. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 13.

¹³⁴⁵ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 594.

¹³⁴⁶ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 13 ; E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 594 où ces auteurs affirment qu'une configuration économique est dite efficace lorsque tous les gains au sens de Kaldor-Hicks ont été réalisés.

◆-La théorie des coûts de transactions

448. Les coûts de transactions¹³⁴⁷ constituent l'objet de l'article, déjà cité, publié en 1960 par Ronald Coase sur le coût social. Cet article est considéré comme une contribution fondatrice de l'analyse économique du droit et constitue la traduction des réflexions de Coase sur la thèse de Pigou. Dans son traité sur l'économie du bien-être, l'économiste anglais Arthur Pigou, visant notamment l'effet externe ou externalité, contestait la thèse d'Adam Smith selon laquelle l'économie, laissée entre les mains de ses acteurs, évolue généralement vers les meilleurs arrangements du point de vue du bien-être de tous¹³⁴⁸. Pigou affirme ainsi qu'une externalité se produit lorsque « *une personne, dans le cours de rendre à une autre un service avec contrepartie, rend également service ou engendre des coûts pour des tiers d'une manière qui empêche de faire payer les bénéficiaires ou de faire verser des indemnités au profit des victimes* »¹³⁴⁹. Dès lors, le coût privé auquel fait face celui qui engendre l'externalité négative est inférieur au coût social¹³⁵⁰, lequel est la somme de ce coût privé et des coûts occasionnés aux tiers¹³⁵¹. Pour Coase cependant, cette conclusion s'imposait moins que Pigou ne le croyait dès lors que les externalités constitueraient en réalité des différends relatifs à des usages concurrents et incompatibles d'une ressource devenue rare. Coase en conclut que la solution à laquelle les parties arriveront pour résoudre ces différends ne dépend nullement de la façon dont les droits sont attribués car, c'est toujours l'utilisation la plus valorisée (ou la plus profitable) qui prévaudra¹³⁵². C'est ce qu'un autre auteur a appelé le « théorème » de Coase¹³⁵³.

449. Le « théorème » de Coase a été approfondi¹³⁵⁴, mais également critiqué. On a notamment reproché à ce théorème, d'une part, d'ignorer les effets sur la redistribution des richesses et de présupposer implicitement que le prix d'un droit ne varie pas selon qu'il est acheté ou vendu (effet de dotation)¹³⁵⁵ et, d'autre part, de n'être qu'une tautologie car ne consistant en définitive qu'à dire que s'il y a des gains à une transaction, des agents rationnels concluront celle-ci et s'abstiendront dans le cas contraire¹³⁵⁶. Ce théorème

¹³⁴⁷ Pour Bénicourt et Guerrien, les coûts de transaction ne sont pas précisément ceux qui sont propres aux opérateurs d'intermédiation qui interviennent entre le producteur d'un bien et son destinataire final, mais procèdent du « discours vague des néoclassiques sur le « marché » qui règle les choses pour le mieux, l'Etat veillant à garantir les droits de propriété et punissant éventuellement les comportements délictueux » : E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 158-159 (les auteurs soulignent dans le texte).

¹³⁴⁸ V. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 182 ainsi que toutes les références citées.

¹³⁴⁹ Pigou cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 182.

¹³⁵⁰ Pour Posner, un coût social diminue la richesse de la société tandis qu'un coût privé redistribue cette richesse : R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 6 (« *A social cost diminishes the wealth of society, a private cost rearranges that wealth* »).

¹³⁵¹ En clair pour déterminer le coût social, selon Pigou, il faut additionner au coût qu'expose celui qui engendre l'externalité négative les coûts occasionnés aux tiers.

¹³⁵² En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 183.

¹³⁵³ Le mot théorème aurait été employé par Stigler : Cf. en ce sens S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 16.

¹³⁵⁴ Sur la généralisation du théorème de Coase proposée par Demsetz et en particulier à propos des coûts de transaction significatifs, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 190-191.

¹³⁵⁵ Sur ces objections et les réponses y apportées, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 192-194.

¹³⁵⁶ Cf. en ce sens R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 51 : « *The Coase Theorem is sometimes said to be a tautology (i.e. true by definition), because at bottom all it says is that if there are gains from trade rational parties will trade, and if not, not. So stated, it is indeed a tautology, because to an economist people who will not make exchanges that improve their net welfare are irrational* ». Mais l'auteur poursuit en

énonce toutefois deux thèses fondamentales pour l'analyse économique du droit : celle de l'invariance et celle de l'efficacité¹³⁵⁷. Pour Coase en effet, dans un monde parfait où le coût du recours au marché est nul, les règles de droit ne jouent aucun rôle dans l'affectation optimale des ressources mais ont seulement un effet redistributif¹³⁵⁸. A contrario, le droit joue un rôle fondamental dans la coordination des agents en ce sens qu'il vient se substituer au marché lorsque celui-ci ne peut pas fonctionner de manière efficace : les règles juridiques trouvent ainsi avec Coase leur raison d'être économique puisque c'est parce qu'il existe des coûts de transaction que le droit compte¹³⁵⁹.

450. En résumé, le théorème de Coase constitue, comme de nombreux auteurs¹³⁶⁰ l'ont relevé, un point de départ important pour l'analyse économique du droit tant au niveau des droits et responsabilités à attribuer¹³⁶¹ qu'au niveau de la nature des coûts de transaction¹³⁶². Un autre auteur considère par ailleurs que les coûts de transactions sont en définitive des pertes dues à des problèmes d'information et de communication¹³⁶³. L'information semble en effet jouer un rôle crucial dans les phénomènes économiques.

♦-La théorie de l'asymétrie d'information

451. Faire de bons choix suppose disposer au préalable de l'information. Il paraît en effet difficile de comparer les avantages et les coûts si l'on ne connaît ni leur nature ni *a fortiori* leurs montants¹³⁶⁴. L'information est assimilable, à bien des égards, aux autres biens même si elle s'en distingue sous certains aspects de manière fondamentale¹³⁶⁵. En tout état de cause, l'information ou son absence joue un rôle central dans la détermination de la

indiquant que “*It can be given empirical content by being restated as hypothesis that the initial assignment of property rights will not affect the ultimate use of property if transactions are permitted and are not highly costly*”.

¹³⁵⁷ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 16.

¹³⁵⁸ Ibid. ; *adde* : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 184.

¹³⁵⁹ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 18 où l'auteur précise que les débats autour du théorème de Coase ne doivent pas faire oublier que pour Coase lui-même, ce théorème n'est pas une fin en soi mais uniquement un premier pas pour spécifier l'importance des coûts de transaction positifs ; *adde* : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 184.

¹³⁶⁰ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 7 ; E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 194 et s. ; S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 18.

¹³⁶¹ Le rôle du droit et le soin avec lequel les règles doivent être choisies varieraient dès lors en fonction des coûts de transaction, ce qui expliquerait la mission générale que l'analyse économique du droit détecte dans le droit à savoir : réduire par tous les moyens possibles les coûts de transaction : Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 194-195.

¹³⁶² Il convient de rappeler que pour Coase, les coûts de transaction sont ce qui empêche deux personnes d'arriver à une entente en apparence profitable pour elles. Sur cette base, certains auteurs ont énuméré nombre de facteurs comme contribuant à augmenter les coûts de transaction (bien ou service unique ; droits complexes ou incertains ; grands nombre de participants ; hostilité entre participants ; participants qui ne se connaissent pas ; comportements déraisonnables ; échange décalé dans le temps ; de nombreuses éventualités touchant l'exécution ; frais de surveillance élevés ; sanctions coûteuses) : V. Robert D. Cooter et T. Ulen, *Law and Economics*, 4^{ème} éd., New York, Pearson Addison Wesley, 2004, p. 94 (tableau 4.3) cités par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 199.

¹³⁶³ Carl J. Dahlman, “The Problem of Externality”, 22 *Journal of Law and Economics*, 1979, 141-162 cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 199.

¹³⁶⁴ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 12.

¹³⁶⁵ Ibid. p. 12-13 où ces auteurs précisent que non seulement l'information peut être partagée gratuitement, mais encore dès qu'on en a pris connaissance, il n'y a plus aucune incitation à l'acheter.

forme des marchés et dans la capacité des marchés privés à promouvoir une utilisation efficace des ressources rares de l'économie¹³⁶⁶. L'hypothèse d'information parfaite, symétrique et complète a été progressivement levée. D'une part, l'accent est de plus en plus mis sur le contexte informationnel dans lequel agissent les agents tandis que, d'autre part, se développe la prise en compte des conséquences de l'existence d'asymétries d'information¹³⁶⁷.

452. L'asymétrie d'information signifie que lors d'une transaction de biens ou de services, l'une des parties (très souvent le vendeur) est mieux informée que l'autre sur les caractéristiques de l'objet servant à la transaction¹³⁶⁸. Pour MM. Mackaay et Rousseau, cette problématique est générale et se pose pour tout bien ou service dont les qualités ne se révèlent pas à la simple inspection¹³⁶⁹. Elle peut avoir de multiples sources et provenir de ce que¹³⁷⁰ :

- soit l'une des parties contractantes est expert et l'autre non ;
- soit l'une des parties contrôle une apparence sur laquelle l'autre est tenue de se fier ;
- soit également que l'une des parties est un gros opérateur qui a accès à des rendements d'échelles dans l'acquisition ou le traitement de l'information tandis que l'autre partie n'est qu'un petit joueur ;
- soit enfin que l'une des parties éprouve des difficultés à surveiller efficacement l'autre.

453. L'information est par ailleurs considérée comme un bien susceptible d'appropriation et possédant, en principe, une valeur patrimoniale. Dès lors, si le commerce de l'information n'est pas interdit, sa valeur patrimoniale peut être déterminée par les lois du marché¹³⁷¹. De plus, acquérir des informations ou même éviter les erreurs, entraîne un certain coût économique : de là l'idée que le droit des contrats a un rôle à jouer – en tant qu'instrument d'optimisation des transferts – quant à l'attribution de ces coûts au moment de la conclusion des contrats. Dans la réalité cependant, MM. Mackaay et Rousseau relèvent que l'asymétrie n'est pas en soi une raison de craindre que le contrat conclu ne permette un gain optimal dans la mesure où l'échange contractuel est souvent motivé par les différences de connaissance, de talent ou de valorisation chez les contractants¹³⁷².

454. L'asymétrie d'information ne pose problème que lorsque la partie la mieux informée se sert de cette supériorité « *pour modifier significativement et en sa faveur – de façon subreptice – la répartition des gains conjoints que les parties ont envisagée au moment de la conclusion du contrat* »¹³⁷³. Une telle attitude est alors constitutive de comportement opportuniste c'est-à-dire un comportement qui consiste pour l'un des contractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat¹³⁷⁴. De ce fait, Mme Bénicourt et M. Guerrien

¹³⁶⁶ Ibid. p. 13.

¹³⁶⁷ En ce sens S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 22.

¹³⁶⁸ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 154.

¹³⁶⁹ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 367.

¹³⁷⁰ Ibid.

¹³⁷¹ Cf. en ce sens M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 72-73 ainsi que toutes les références citées.

¹³⁷² E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 368.

¹³⁷³ Ibid.

¹³⁷⁴ Ibid. et p. 379 pour la définition de l'opportunisme.

considèrent qu'outre la mise en place de systèmes de surveillance ou de contrôle dans le but de réduire l'asymétrie d'information, l'Etat – le droit donc – joue également un rôle important, en veillant à ce que les contrats soient respectés, particulièrement au niveau des garanties données¹³⁷⁵. D'un autre côté, l'asymétrie peut également être de pouvoir entre parties au contrat. Cette situation est de nature à entraîner et à renforcer une interaction stratégique entre les parties contractes. De telles interactions stratégiques se prêtent idéalement à l'application de la théorie des jeux.

♦-La théorie des jeux

455. La théorie des jeux est un outil théorique puissant permettant de comprendre certains rapports entre individus ou entités dans la société¹³⁷⁶ (Cf. *infra* nos 1256 à 1259 pour une application au BOT). Un individu rationnel, dans ses rapports avec autrui, prend bien souvent en compte la réaction probable de ce dernier : il agit alors de manière stratégique¹³⁷⁷. La théorie des jeux constitue un cadre permettant d'analyser les comportements stratégiques. Elle distingue fondamentalement entre les jeux de conflit pur, les jeux de simple coordination et les jeux mixtes¹³⁷⁸. Dans la mesure où un grand nombre d'interactions juridiques mettent aux prises des intérêts conflictuels, une représentation de telles interactions en termes de théorie des jeux paraît à même de mieux rendre compte de ces phénomènes. Le conflit juridique suppose en effet que les agents prennent en compte le comportement des autres individus auxquels ils sont confrontés¹³⁷⁹. Les règles de droit sont alors considérées comme des règles du jeu dans lequel se déroule l'interaction : le résultat de cette interaction – et partant de l'influence du droit sur les comportements – dépend de manière fondamentale des stratégies des joueurs, de leur marge de manœuvre ou encore de leur ensemble d'informations¹³⁸⁰.

456. Le *project financing* – et partant le BOT – par la multitude de parties, d'entités et de contrats mais aussi et bien souvent de longues négociations qu'il implique, paraît ainsi constituer un champ fertile à l'application de la théorie des jeux. On a en effet noté que c'est généralement dans le domaine du marchandage que l'application de cette théorie a été la plus féconde¹³⁸¹. Nous l'appliquerons par conséquent, dans toute la mesure de son utilité pour notre étude, de sorte à rendre un compte entier des interactions qu'implique le BOT. En définitive et pour nous résumer, l'analyse économique du droit repose principalement sur les acquis de la théorie microéconomique et consiste en une application systématique des hypothèses théoriques (rationalité, maximisation de l'utilité, mécanismes incitatifs...) et des critères de jugement (équilibre, optimalité) des économistes à l'explication et à l'évaluation des règles juridiques. Ces fondements

¹³⁷⁵ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 154.

¹³⁷⁶ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 40 ; *adde* pour une application de cette théorie à la naissance de l'Etat : A. Wolfelsperger, *Economie publique*, Paris, PUF, 1995, p. 21-33.

¹³⁷⁷ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 19.

¹³⁷⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 42.

¹³⁷⁹ En ce sens S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 21.

¹³⁸⁰ Ibid.

¹³⁸¹ Ibid. où l'auteur cite, entre autres, comme illustrations de l'application croissante de la théorie des jeux à de nombreux objets juridiques : le droit de la concurrence et l'étude systématique des stratégies judiciaires des membres de cartel en présence d'un programme de clémence où ces derniers peuvent négocier leur coopération, avec l'autorité de régulation, en échange de l'immunité totale ou partielle ; ou encore et surtout le droit des contrats où le problème de la renégociation des contrats est central.

théoriques de l'analyse économique du droit ont néanmoins suscité et suscitent encore des débats.

2- Les débats autour des fondements de l'analyse économique du droit

457. Le recours à la microéconomie ainsi que l'incorporation progressive des apports de la théorie des jeux et/ ou des incitations font de l'analyse économique du droit une discipline récente¹³⁸². Elle a toutefois une histoire déjà riche et mouvementée¹³⁸³. En effet, une partie de la doctrine, américaine notamment, s'est interrogée sur le point de savoir ce qu'apporte en définitive l'analyse économique du droit et, précisément, s'il s'agit d'une véritable théorie du droit comme le soutiennent ses défenseurs¹³⁸⁴. Pour le Professeur Coppens par exemple, l'analyse économique du droit doit rencontrer l'argument selon lequel elle limiterait abusivement les virtualités du droit, de telles virtualités venant notamment du fait que le droit est une médiation institutionnalisée entre la morale et le politique et requiert, en conséquence, une délibération sur les fins d'une communauté juridique¹³⁸⁵.

458. Dans la mesure où l'on estime que l'analyse économique du droit vise également un but d'efficacité des règles de droit¹³⁸⁶, une question centrale du débat sur les fondements de l'analyse économique du droit est celle de savoir si l'attribution des droits peut être déduite des considérations d'efficacité ou si au contraire, pour rendre déterminable la notion même d'efficacité, on doit au préalable fixer au moins certains droits fondamentaux¹³⁸⁷. L'option pour la première branche de l'alternative aboutit à une optique proche de l'utilitarisme, avec toutes les critiques formulées à l'égard de cette philosophie¹³⁸⁸. D'un autre côté, le risque d'arbitraire dans le décompte des gains et des

¹³⁸² En ce sens B. Deffains et E. Langlais, « Introduction générale », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 7-8.

¹³⁸³ En ce sens B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 23.

¹³⁸⁴ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 10-11 ainsi que les références citées p. 11 ; *adde* pour la doctrine française R. Encinas de Munagorri, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », op. cit.

¹³⁸⁵ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211.

¹³⁸⁶ En ce sens B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 24 ; *adde* G. Canivet et M.-A. Frison-Roche, « Présentation de l'ouvrage » in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005, p. ix, pour qui le droit est par ailleurs un instrument d'efficacité.

¹³⁸⁷ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 10-11 ; *adde* : R. Sève pour qui l'approche traditionnelle et doctrinale du droit conçoit que le droit « issu de la volonté générale » fixe, après une réflexion approfondie sur la nature des sujets de droit et des relations sociales qu'ils entretiennent, des règles permettant d'organiser ses rapports de manière prévisible et stable : le droit développerait ainsi certaines « essences » dont la doctrine élabore les concepts et la jurisprudence l'application pratique, ce dont il résulte que l'ensemble de ce processus conduit à maximiser la valeur *légitimité* du système juridique. On peut toutefois considérer, selon cet auteur, que le droit est en première analyse un instrument de coopération entre des individus auxquels il fournit, en sanctionnant les règles, un surcroît de confiance mutuelle dans leurs interactions. Dans ces conditions, les règles juridiques ont essentiellement un objectif pragmatique et leur logique doit être celle de l'*efficacité* plus que de la cohérence doctrinale et de la légitimité démocratique : R. Sève, « Doing Business : une start-up à faire prospérer » in G. Canivet, M.-A. Frison-Roche et M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, op. cit., p. 13 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

¹³⁸⁸ Le Professeur Posner lui-même relève au moins trois critiques à l'encontre de l'utilitarisme : “*First, most people don't believe – and there is no way to prove them wrong – that maximizing happiness, or contentment, or joy, or preference satisfaction, or the excess of pleasure over pain, or some other version of utility is or should be one's object in life. Happiness is important to most people, but isn't everything. (...) Second, by aggregating utility across persons, utilitarianism treats people as cells in the overall social organism rather than as*

pertes ainsi que dans le choix des perdants et des gagnants guette si l'on opte pour des approches permettant des gains pour la collectivité, moyennant des gains pour certains et des pertes pour d'autres¹³⁸⁹.

459. On a relevé que le Professeur Posner a tenté d'escamoter cette difficulté en retenant comme valeur à maximiser le produit social, mesuré selon la capacité et la volonté de payer des citoyens à travers les transactions volontaires¹³⁹⁰. Le Professeur Posner affirme en effet que: *"The objections to utilitarianism and thus to tying the concept of efficiency to utilitarian ethics have turned many economists to a definition of efficiency that confines the term to outcomes of voluntary transactions"*¹³⁹¹. Or, cet auteur admet plus loin que: *"(...) But many of the transactions either affected or effected by the legal system are involuntary. Most crimes and accidents are involuntary transactions, and so is a legal judgment to pay damages or a fine. How is one to know when such transactions increase, and when they reduce, efficiency? (...) To reconstruct the likely terms of a market transaction in circumstances where instead a forced exchange took place – to mimic or simulate the market in other words – is difficult. But to ban all forced exchanges would be grossly inefficient. It would amount to abolishing markets, since all market transactions have some uncompensated third-party effects"*¹³⁹².

460. Aucune des deux options citées ne semble avoir triomphé de sorte qu'il en est par conséquent résulté la disparition de l'unanimité autour du « paradigme partagé » par les défenseurs de l'analyse économique du droit autour des années 1970¹³⁹³. Un auteur estime en effet que parce qu'elle se situe à la croisée de l'économie et des sciences juridiques, il paraît normal que l'évolution de l'analyse économique du droit reflète également les évolutions de fond qui ont entre-temps traversé ces deux disciplines¹³⁹⁴. On compte ainsi une économie du droit inspirée de la théorie des jeux et de l'économie expérimentale, une économie du droit comportementale (*Behavioral Law and Economics*) mettant en avant les effets de la rationalité limitée, une économie du droit néo-institutionnelle et plus inspirée par la théorie des contrats et des asymétries d'informations¹³⁹⁵.

461. En définitive, observant que la compréhension des normes en termes d'action discursive se réalise historiquement dans le processus notable de sédimentation progressive des obligations qu'est la coutume, le Professeur Coppens affirme que le

individuals. This is the source of a number of well-known barbarisms seemingly implied by utilitarian ethics, such as the deliberate sacrifice of innocents to maximize the total amount of happiness in the society (or the world, or the universe). (...) Third, utilitarianism has no boundary principles. Animals feel pain, as of course foreigners do as well, so that utilitarianism collides with powerful intuitions that our social obligations are greater to the people of our own society than to outsiders and greater to human beings than to (other) animals": R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 11-12; *adde*: B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 24. Pour une analyse approfondie de la question, Cf. A. Strowel, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 143 et s.

¹³⁸⁹ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 11.

¹³⁹⁰ Ibid.

¹³⁹¹ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 12.

¹³⁹² Ibid. p. 15.

¹³⁹³ En ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 12 (soulignement des auteurs) ; *adde* : B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 23.

¹³⁹⁴ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in B. Deffains et E. Langlais (dir.), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 13.

¹³⁹⁵ Ibid. ; *adde* : B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 23 qui parlait quant à lui de conceptions du droit autrichienne, institutionnelle et libertarienne.

modèle du choix rationnel est insuffisant s'il n'est ouvert à l'idée d'un processus cognitif qui oriente les choix en fonction de l'évolution des croyances, des perceptions, des attitudes et des préférences, c'est-à-dire un ensemble d'informations contextualisées mais non uniformisées entre tous les acteurs économiques qui, personnes physiques ou morales, sont également des sujets de droit¹³⁹⁶. Toujours est-il que l'analyse économique du droit est considérée comme un précieux outil pour le législateur, le juge ainsi que la doctrine et offre par ailleurs aux économistes un outil pour appréhender le droit¹³⁹⁷. Elle propose à ces fins une méthodologie.

B- La méthode de law and economics

462. Un auteur a très justement souligné qu'un modèle révèle sa fécondité lorsqu'il est mis à l'épreuve de trois grandes sphères enchevêtrées du savoir : la sphère descriptive, la sphère prescriptive et la sphère prédictive¹³⁹⁸. Appliqué à l'analyse économique du droit, ce précepte pose *in fine* la question de sa méthode. A ce propos, le Professeur Oppetit affirmait déjà que l'analyse économique fournit au juriste une méthode destinée à lui permettre de repenser les fonctions des institutions juridiques car : « *elle s'attache à une vision dynamique du droit, envisagé dans son historicité et son perfectionnement, par opposition au statisme d'un système refermé sur lui-même, dans lequel le juriste ne tend guère qu'au recensement exhaustif des règles du droit établi et à la recherche des solutions aux problèmes nouveaux à l'intérieur de sa discipline* »¹³⁹⁹.

463. MM. Mackaay et Rousseau relèvent pour leur part que les ouvrages en anglais sur l'analyse économique du droit ne comportent à peu près pas d'exposés de méthodologie¹⁴⁰⁰. Après avoir rappelé que l'analyse économique du droit s'inscrit parmi les philosophies conséquentialistes – consistant à faire ce qui produit les conséquences les plus désirables –, ces deux auteurs proposent une méthodologie de l'analyse économique¹⁴⁰¹ de laquelle nous nous inspirons entièrement. D'un côté se trouvent les types ou niveaux dans lesquels l'analyse économique peut être engagée (1) et de l'autre les étapes par lesquelles cette analyse procède (2).

¹³⁹⁶ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 222.

¹³⁹⁷ Mais pas seulement le droit puisqu'un auteur souligne que si l'analyse économique du droit s'est d'abord présentée comme une application des outils économiques (théorie des prix, coûts de transaction, économétrie, théorie des jeux) à des situations juridiques, les années récentes ont également vu les questionnements de l'analyse économique du droit essaimer vers la théorie économique. La meilleure illustration de ces interactions se trouve consacrée par le thème de la convergence des systèmes juridiques et de leur efficacité relative : l'efficacité comparée des systèmes juridiques est ainsi l'une des lignes force des travaux macro-économiques pour expliquer les performances relative des différents pays en termes de croissance, d'emploi et de répartition : Cf. en sens S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats* (B. Deffains et E. Langlais dir.), op. cit., p. 13 ainsi que les références citées par l'auteur.

¹³⁹⁸ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211.

¹³⁹⁹ B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 23.

¹⁴⁰⁰ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 591. Pour ces auteurs, les traités classiques tels ceux de Posner et de Cooter/Ulen paraissent partir de la prémisse suivant laquelle la méthode est apprise au fil des institutions qui sont présentées dans le texte. Les auteurs allemands et néerlandais par contre semblent se préoccuper davantage de la question de la méthode.

¹⁴⁰¹ Ibid. p. 592 et s. *Contra* : A. Bernard, « Law and Economics, une science idiote ? » op. cit. L'ouvrage de MM. Mackaay et Rousseau semble visiblement avoir échappé à cet auteur qui affirme qu'une forte réflexion méthodologique manquerait cruellement au *Law and Economics*.

1- Les niveaux d'analyse

464. M. David D. Friedman résume en trois points les types d'approches que propose l'analyse économique : prédire les effets que produiront des règles particulières ; expliquer pourquoi des règles particulières existent ; et enfin permettre de décider quelles règles devraient exister¹⁴⁰². S'inspirant de cette démarche, MM. Mackaay et Rousseau proposent trois niveaux d'analyse reliés les uns aux autres¹⁴⁰³.
465. Le premier niveau est relatif à l'analyse des effets de la règle : l'analyse économique aide le juriste à déterminer les principaux effets d'un changement de règle et, partant, les effets de la règle qu'on n'aura pas modifiée¹⁴⁰⁴. Pour illustrer ce postulat, MM. Mackaay et Rousseau prennent deux exemples¹⁴⁰⁵ dont un relatif à l'interdiction de l'avortement. Pendant longtemps en effet, l'avortement fut interdit, ce qui provoqua un certain nombre de comportements tels qu'illustrés par le film *Vera Drake*. Pour les plus aisés, l'avortement était toujours accessible et effectué dans des conditions médicales sûres, moyennant un paiement conséquent et un discours hypocrite cachant le véritable enjeu en situant l'intervention parmi les exceptions admises par la nécessité médicale. Pour les pauvres en revanche, la seule issue était le recours aux faiseuses d'anges : l'opération devait être effectuée dans des conditions risquées sur le plan médical, avec de fréquents ratés, et était en outre sujette aux poursuites pénales. L'effet de l'interdiction était par conséquent non pas l'absence d'avortement mais plutôt une accessibilité limitée et coûteuse sur le plan humain, avec un effet discriminatoire net à l'égard des moins fortunés¹⁴⁰⁶.
466. MM. Maackay et Rousseau relèvent que, dans les exemples qu'ils citent, l'analyse se limite à établir quelques conséquences importantes et s'abstient d'apporter un jugement moral : la mise en évidence des effets des mesures en cause dans ces exemples permet néanmoins au lecteur de dépasser lui-même le niveau d'analyse pour porter un jugement éclairé sur la moralité des règles en questions¹⁴⁰⁷. Pour ces auteurs en définitive, ce type d'analyse est disponible dans tous les cas et devrait être mise à contribution par tout chercheur, quelle que soit sa position, sur les grands enjeux sociaux¹⁴⁰⁸. Elle pourrait ainsi se concevoir comme étant un niveau préalable au deuxième niveau d'analyse.
467. Le deuxième niveau d'analyse vise quant à lui le fondement de la règle. L'analyse économique du droit vise ici à éclairer le fondement des règles que l'on retrouve dans des systèmes existants : il s'agit alors en quelque sorte d'aller vers un bilan positif des effets

¹⁴⁰² David D. Friedman, *Law's Order – What Economics Has to Do With Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 15: “Economic analysis of law comprises three closely related enterprises: predicting what effect particular legal rules will have, explaining why particular rules exist, deciding what legal rules should exist”; adde: B. Lemennicier, *Economie du droit*, Paris, Ed. Cujas, 1991, p. 17-35 citée par B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 23.

¹⁴⁰³ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 592.

¹⁴⁰⁴ Ibid.

¹⁴⁰⁵ Ibid. p. 592-593.

¹⁴⁰⁶ Ces auteurs précisent que la libéralisation – circonscrite – de l'avortement dans la plupart des pays a eu pour effet de réduire le taux de criminalité. Une des explications proposées pour justifier cette réduction est que des enfants qui seraient nés sans être désirés auraient risqué grandir dans des conditions difficiles qui les auraient orientés, plus que proportionnellement, vers des carrières criminelles : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 593 ainsi que toutes les références citées à la note 2.

¹⁴⁰⁷ Ibid.

¹⁴⁰⁸ Ibid.

dégagés selon le premier niveau d'analyse¹⁴⁰⁹. Pour MM. Mackaay et Rousseau, la difficulté à ce niveau réside dans la nécessité de mettre sur un dénominateur commun des effets de nature très variable et auxquels les acteurs économiques touchés peuvent attacher, subjectivement, des valeurs variables¹⁴¹⁰. Cette difficulté a suscité des débats houleux parmi les économistes car, elle suppose l'appréciation de l'optimalité/efficacité globale. Peut ainsi être considéré comme un gain pour la société un changement qui produit des gagnants mais aucun perdant (optimum de Pareto *supra*)¹⁴¹¹. De ce qui précède, pour établir le fondement d'une règle observée dans un système juridique, on cherche à en démontrer l'efficacité¹⁴¹². Une telle démonstration peut amener à envisager la règle souhaitable, troisième niveau d'analyse.

468. Enfin, le troisième niveau d'analyse vise la règle souhaitable. Ce niveau consiste en une analyse normative dont le but est de se prononcer sur les règles en place ou que l'on pourrait adopter. L'analyse économique du droit semble en effet véhiculer implicitement – voire même explicitement – une certaine représentation normative¹⁴¹³. Dans cette optique, il y a lieu d'établir les effets de la règle et porter un jugement c'est-à-dire de déterminer quelle serait la règle efficace et de la comparer à la règle existante ou envisagée¹⁴¹⁴. Engagée à travers ces différents niveaux, l'analyse économique du droit procède en fin de compte par étapes.

2- Les étapes de l'analyse

469. MM. Mackaay et Rousseau identifient quatre étapes dans la mise en œuvre de l'analyse économique du droit¹⁴¹⁵ dont la première a trait à la structure incitative. Elle consiste à examiner la structure incitative de la règle dans la mesure où différentes règles impliquent différents coûts pour les justiciables (V. *supra* n° 465 l'exemple de l'interdiction de l'avortement). Ces auteurs illustrent ce raisonnement par l'examen de l'effet de la règle d'attribution des risques en matière de vente : selon que la règle juridique attribue le risque de perte lors de la vente au vendeur ou à l'acheteur, les précautions que l'un et l'autre prendront ainsi que les assurances qu'ils souscriront varieront¹⁴¹⁶. Le postulat du choix rationnel prévoit qu'ils adapteront leur comportement de manière à réduire l'incidence des fardeaux que leur impose le droit.

470. Pour observer les effets de la règle, il paraît utile de comparer la règle avec son contraire : dans l'hypothèse précédente de la règle d'attribution des risques de la vente, il faut alors examiner l'attribution de la charge des risques au vendeur, puis à l'acheteur. Dès lors, le changement de règle est susceptible de projeter son ombre sur les rapports

¹⁴⁰⁹ Ibid.

¹⁴¹⁰ Ibid. p. 593-594. Cette difficulté, connue en science économique (mais très probablement aussi en politique), survient lorsqu'il est question d'évaluer le bien-être global d'une société comme l'agrégation du bien-être de chacun de ses acteurs.

¹⁴¹¹ Sauf à soutenir que le bien-être personnel des acteurs dépend de leur position relative parmi leurs pairs – ce qui rendrait à peu près tout changement impossible – ce critère semble soulever peu d'objections sur le fond : Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 594.

¹⁴¹² Ce critère posnérien a été vivement débattu et critiqué au cours des années 1980 notamment lors de ce que l'on a appelé la controverse sur l'efficacité.

¹⁴¹³ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 29.

¹⁴¹⁴ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 595.

¹⁴¹⁵ Ibid.

¹⁴¹⁶ Ibid.

entre les parties dans une négociation ou dans un rapport de longue durée¹⁴¹⁷, ce qui est vraisemblablement le cas, comme nous essaierons de le démontrer, dans les opérations de BOT. Ces auteurs recommandent de garder présent à l'esprit, lors de ces examens, les outils conceptuels de l'analyse économique du droit précédemment présentés¹⁴¹⁸. Cette étape est décrite comme étant essentielle au premier niveau de l'analyse (détermination de l'effet de la règle) et comme marquant un pas vers les deux autres niveaux d'analyse (fondement de la règle et règle souhaitable). Elle conduit comme logiquement à la deuxième étape de l'analyse.

471. La deuxième étape se rapporte aux objectifs sous-jacents. Pour MM. Mackaay et Rousseau, la comparaison des résultats obtenus sous différentes règles contrastées à la première étape permet de porter un jugement sur la question de savoir quelle règle entraîne en définitive les coûts les moins élevés¹⁴¹⁹. Ceci nous situe au niveau 2 ou au niveau 3 de l'analyse économique du droit (fondement de la règle ou règle souhaitable) et si l'on présume que le législateur a eu en vue le souci d'éviter le gaspillage, la règle qui entraîne les coûts minimums serait celle souhaitable. S'adressant aux civilistes, ces auteurs recommandent de prendre comme point de départ pour cette étape la lecture développée par les auteurs de *common law*, quitte à la raffiner au cours de l'analyse, et ce, tout en gardant à l'esprit les concepts auxiliaires que l'on retrouve dans l'analyse économique du droit¹⁴²⁰. Le raffinement de l'analyse peut également passer par la prise en compte de la réalité, ce qui constitue l'étape suivante de l'opération.

472. La troisième étape est celle de l'augmentation du réalisme par la prise en compte des coûts de transaction. Dans la mesure où les étapes précédentes constituent essentiellement des modèles, MM. Mackaay et Rousseau proposent d'ajouter du réalisme à cette troisième étape aux fins d'analyse de politiques législatives ou jurisprudentielles¹⁴²¹. Il s'agit alors d'introduire dans l'analyse les coûts de transactions c'est-à-dire tous les frais qui empêchent qu'un échange (au sens économique) en apparence fructueux soit réalisé et qui correspondent dans le modèle de la physique à la friction¹⁴²². La question essentielle à cette étape consiste à déterminer si la règle qui vise à contrôler une forme de coût de transaction réussit globalement à réduire les coûts, compte tenu du coût qu'elle engendre elle-même¹⁴²³. En effet, la règle correctrice peut elle-même, par exemple, provoquer d'importants effets secondaires indésirables que l'on ne peut observer qu'à travers les données du vécu d'où la nécessité des études empiriques.

¹⁴¹⁷ Ibid.

¹⁴¹⁸ L'étape ainsi présentée constitue selon nos deux auteurs, la confection implicite d'un « modèle » très simple du comportement des parties (en l'espèce les deux parties à l'opération de vente citée en exemple). Ils précisent que du moment qu'on travaille avec des économistes, ces derniers pourront entreprendre cette démarche de manière explicite et à l'aide d'un vocabulaire mathématique approprié, lequel présente des avantages à mesure de l'augmentation de la complexité des rapports : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 596.

¹⁴¹⁹ Ibid.

¹⁴²⁰ Il s'agira par exemple du concept du « *cheapest cost avoider* » – personne pouvant le mieux ou au meilleur coût réduire le risque de pertes (ce concept est issu du *test de Hand* : confronté à un problème de responsabilité civile, le juge Hand énonce en effet dans l'arrêt *United States vs. Carroll Towing Co*, 159 F. 2nd 169 (2nd Cir.) 1947, qu'un agent doit être déclaré responsable dès lors qu'il pouvait prévenir le dommage au moindre coût) – ou de l'ensemble des leçons de l'école des *choix collectifs* (*public choice*) : E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 597 ainsi que les références citées.

¹⁴²¹ Ibid.

¹⁴²² Ibid.

¹⁴²³ Ibid. p. 598.

473. La quatrième étape consiste en des études empiriques. Il s'agit ici, pour parachever l'analyse conceptuelle entreprise dans les trois étapes précédentes, d'articuler l'analyse dans la forme d'hypothèses précises qui se prêtent aux études « empiriques »¹⁴²⁴. Un auteur a ainsi relevé une évolution des concepts et des outils de la théorie de la décision aboutissant à modifier le sens qu'il faut donner à l'hypothèse de rationalité : d'instrumentale, elle serait devenue plus « substantielle » dans la mesure où elle cherche à mettre au jour les processus effectifs de décision¹⁴²⁵. Il ne s'agit plus de postuler que les agents sont rationnels mais de tester comment ils le sont¹⁴²⁶. L'observation systématique de la réalité permettra par conséquent de se prononcer sur le bien-fondé des analyses effectuées : l'analyse économique du droit devra en définitive être jugée par la correspondance des modèles qu'elle propose à la réalité¹⁴²⁷. C'est le but des études empiriques qui forment une étape utile pour les trois niveaux pré-décrits de l'analyse économique du droit. Le domaine des contrats constitue un champ privilégié d'investigations pour une telle analyse.

Sous-section 2 : L'analyse économique du droit des contrats

474. Aux dires d'un commentateur, le substrat doctrinal sur lequel repose l'analyse économique en matière de contrat serait, à la réflexion, assez pauvre car « *En des termes de contractualiste français, l'analyse économique du droit revient à tenter de rajeunir l'autonomie de la volonté avec quelques raisonnements d'optimisation mathématique* »¹⁴²⁸. A la question « Qu'est-ce qu'un contrat ? » toutefois, un autre auteur relève que des distinctions incertaines peuvent se faire jour : l'économiste¹⁴²⁹, le juriste, le philosophe, le politique, le sociologue, l'anthropologue n'entendent en effet pas de la même façon cette question qui paraît élémentaire¹⁴³⁰.

475. Selon M. Eric Brousseau, les économistes n'étaient pas au départ intéressés au contrat en tant qu'objet juridique car, leur objectif était de développer une représentation plus pertinente d'une économie de marché que celle dont ils disposaient alors : ils cherchaient en effet à représenter comment les agents se mettent d'accord sur les termes de l'échange et non pas à comprendre l'économie des mécanismes juridiques au cœur des contrats¹⁴³¹. Ce n'est que progressivement que les économistes des contrats ont cherché une véritable analyse économique des dispositifs juridiques, dans le prolongement de l'analyse

¹⁴²⁴ Ibid. p. 599 où les auteurs soulignent et précisent que l'expression « empirique » s'entend au sens anglais.

¹⁴²⁵ S. Ferey, « Histoire et méthodologie de l'analyse économique du droit contemporaine », in *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, op. cit., p. 23 (soulignement de l'auteur dans le texte).

¹⁴²⁶ Ibid.

¹⁴²⁷ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 599.

¹⁴²⁸ L. Grynbaum, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale » consultable sur www.lextenso.fr, p. 3 (également publié à la Revue des contrats, 01 octobre 2008, n° 4, p. 1383 et s.)

¹⁴²⁹ V. sur la question : O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, p. 21 où l'auteur affirme qu'à la question « Qu'est-ce qu'un contrat ? », ce que l'économie a de plus précieux à offrir, ce ne sont pas des recettes de cuisine ou des trucs pédagogiques, mais certains de ses problèmes les plus épineux.

¹⁴³⁰ C. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 4.

¹⁴³¹ En ce sens Cf. E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », consultable dans la base de données JurisClasser LexisNexis, n° JurisData : 2005-270462, p. 1 ; *adde* : O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 23 où l'auteur affirme qu'aucune notion explicite de « contrat » ne figurait dans l'appareillage théorique des économistes, tel qu'on peut aisément le vérifier dans l'index des meilleurs ouvrages.

économique du droit¹⁴³². Ceci a fait dire que l'analyse économique permet de justifier l'existence d'un droit des contrats¹⁴³³.

476. La fonction fondamentale du droit des contrats consisterait à prévoir, dans les contrats dont l'exécution n'est pas instantanée (ce qui est manifestement le cas dans le cadre du BOT), des sanctions aux fins d'ôter à toute partie la tentation de ne pas exécuter sa prestation après avoir reçu celle de son cocontractant¹⁴³⁴. En effet, si les échanges volontaires doivent en principe satisfaire les parties au point de vue économique, les choses s'avèrent plus nuancées dans la réalité dès que les prestations ne sont pas simultanées : tant les aléas naturels que le risque d'actes opportunistes du cocontractant menacent et doivent être pris en compte, par le droit notamment¹⁴³⁵. C'est cette fonction du droit que l'économie des contrats se propose de clarifier¹⁴³⁶. Après avoir examiné l'objectif fondamental et les fonctions du contrat sous l'angle de l'analyse économique du droit (I), il conviendra d'en observer les applications, suivant le schéma classique, d'abord au niveau de la formation et ensuite à celui de l'exécution du contrat (II).

I- Objectif fondamental et fonctions économiques du contrat sous l'angle de *law and economics*

477. La question du fondement de la force obligatoire du contrat n'est, selon M. Christian Atias, peut-être pas juridique et pourrait même n'être pas correctement posée parce qu'elle suppose résolue celle de savoir ce qu'il s'agit de fonder¹⁴³⁷. Il en résulte que « *L'économie appellera « contrat » : tout accord qui détermine les actions à effectuer par les deux parties (des performances à réaliser, des quantités à échanger, des transferts à payer, etc.) pendant une certaine période de temps, en fonction de signaux vérifiables et de messages transmis* »¹⁴³⁸. Pour le Professeur Richard A. Posner, « *The basic aim of contract law (as recognized since Hobbe's day) is to deter people from behaving opportunistically toward their contracting parties, in order to encourage the optimal timing of economic activity and (the same point) obviate costly self-protective measures* »¹⁴³⁹. L'auteur poursuit en attribuant cinq fonctions économiques au droit des contrats¹⁴⁴⁰. Dès lors,

¹⁴³² E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », op. cit., p. 1.

¹⁴³³ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, p. 59.

¹⁴³⁴ Ibid. p. 59-60.

¹⁴³⁵ En ce sens, Cf. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 93 ; E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 361-362.

¹⁴³⁶ *Contra* : Eric A. Posner, « Economic analysis of contract Law after three decades : success or failure ? », op. cit., p. 829-880 où l'auteur démontre de manière très argumentée l'échec de l'approche « law and economics » dans le domaine du droit des contrats. Un autre auteur relève par ailleurs qu'il se pourrait fort bien que l'analyse économique du droit des contrats permette moins de fournir des solutions que d'améliorer la qualité du débat : Ch. Jamin, Avant-propos in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, op. cit., p. viii ainsi que la référence à Posner citée.

¹⁴³⁷ C. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 7.

¹⁴³⁸ O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 24. L'auteur précise que sont dites « vérifiables » des variables observables non seulement par les deux parties, mais aussi par une tierce partie, ce qui permet éventuellement de faire appel aux tribunaux pour faire respecter les clauses de l'accord, à défaut de quoi on parlerait seulement d'« observabilité ».

¹⁴³⁹ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 94.

¹⁴⁴⁰ Ibid. p. 99 : « (...) Contract law has five distinctive functions: (1) to prevent opportunism, (2) to interpolate efficient terms either on a wholesale or a retail basis (gap-filling versus ad hoc interpretation), (3) to punish avoidable mistakes in the contracting process, (4) to allocate risk to the superior risk bearer, and (5) to reduce the costs of resolving contract disputes ».

l'objectif fondamental du contrat sous l'angle économique semble de permettre le déplacement des ressources vers des usages les mieux valorisés (A). A cette fin un certain nombre de fonctions économiques sont assignées au droit des contrats (B).

A- L'objectif fondamental du contrat : l'optimalité dans le transfert des ressources

478. Des trois principes fondamentaux de l'analyse économique présentés précédemment, le troisième postule que si l'échange volontaire est permis – par le biais d'un marché par exemple (Cf. *supra* n^{os} 442 à 444) – les ressources auront tendance à s'orienter vers leurs usages les plus valorisés. Afin de maximiser les richesses, l'échange volontaire devrait donc être permis quel que soit le bien ou le service considéré : ce principe est résumé dans le concept de la liberté contractuelle¹⁴⁴¹. L'on a toutefois observé que la différence entre la définition juridique et la définition économique du contrat est le droit : les deux définitions ont la même amorce (accord de volontés), mais n'ont pas la même visée¹⁴⁴². Pour l'économiste, tout semble contenu dès le départ dans l'accord de volontés – la référence au droit, à travers les tribunaux, ne vaut alors qu'en cas de dysfonctionnement tenu par ailleurs pour exceptionnel – tandis que la formulation du juriste met en valeur une sorte de complémentarité entre l'accord de volontés et le système juridique¹⁴⁴³. Autrement dit, l'idéal-type du contrat selon l'économiste ne peut qu'être optimal, complet et auto-exécutable, ne réservant au droit, et au mieux, qu'une place subsidiaire¹⁴⁴⁴. Toutefois, la rencontre entre le droit et l'économie s'effectuerait sur des bases plus équilibrées, en ce sens que les arguments juridiques viennent à l'appui du raisonnement économique, sur certains aspects essentiels, de sorte que l'on commence à parler d'une réelle influence du droit sur l'économie¹⁴⁴⁵.

479. D'un autre côté, Mme Fabre-Magnan relevait déjà que l'idée que le contrat est un instrument de maximisation des utilités individuelles commence à être prise en compte en droit français, tant par la doctrine que par la jurisprudence¹⁴⁴⁶. Alors même que

¹⁴⁴¹ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 364 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 61.

¹⁴⁴² En ce sens Cf. O. Favereau, « Qu'est-ce qu'un contrat ? La difficile réponse de l'économie », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 24.

¹⁴⁴³ Ibid.

¹⁴⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁴⁶ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 61 où l'auteur précise toutefois que cette idée est présentée, non pas comme une nécessité de l'analyse économique du droit des contrats, mais sous le couvert de l'analyse morale, comme si les auteurs français étaient réticents à admettre que le droit soit gouverné par des considérations économiques. De nombreux exemples, empruntés au droit civil, de décisions importantes rendues ces dernières années par la Cour de cassation française et qui sont directement en relation avec la logique économique ont par ailleurs été fournis : V. Ph. Jacques, « Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur » (Cour de cassation, audience solennelle du 30 mai 2007), RTDciv., 2007, p. 514 et s. Pour un exemple plus concret, certains auteurs citent comme intégrant les conceptions économiques, même en dehors du droit commercial, l'arrêt *Deparis c/ Assurances mutuelles de France* de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation française (Civ. 1^{ère}, 30 mai 2000, *Deparis c/ Assurances mutuelles de France* (Groupe Azur), D., 2000, J, p. 879 note J.-P. Chazal) dans lequel la Cour accueille, par arrêt de principe, la notion de « contrainte économique ». Elle a estimé que l'usage qu'une partie fait du contexte de contrainte économique pesant sur son cocontractant pour obtenir de lui des concessions qu'il n'aurait pas accordé sans cela, relève d'un comportement de violence justifiant l'annulation du contrat. Or, la jurisprudence française avait jusque là toujours refusé de donner effet à la situation de « violence économique ». La Cour analyserait implicitement par cet arrêt le contrat comme le double juridique d'un échange économique, lequel s'insère dans des rapports de force et dont les contreparties respectives doivent être raisonnablement équilibrées, s'éloignant ainsi de la définition classique du contrat

l'obligation de coopération qui impose au débiteur d'exécuter sa prestation en lui donnant le « maximum d'utilité » est présentée comme directement issue du devoir de loyauté dans l'exécution des contrats¹⁴⁴⁷, Mme Fabre-Magnan relève que le contrat – à travers les contractants – doit être conçu et fonctionner comme un instrument de maximisation des utilités individuelles, et partant, de l'utilité sociale¹⁴⁴⁸. Dès lors, la recherche du « maximum d'utilité », classiquement fondée sur l'obligation de loyauté pourrait être logiquement, et même mieux, rattachée à une analyse économique du contrat : si chaque contractant doit coopérer avec l'autre, c'est surtout afin que la somme de leurs deux utilités soit maximale¹⁴⁴⁹.

480. Bien plus, le souci d'efficacité dont témoigne l'approche économique n'est pas resté étranger aux finalités que poursuit tout système juridique, même dans les pays de droit continental. Selon un auteur, cette situation peut s'observer à deux égards au moins¹⁴⁵⁰ :

- tout d'abord, la formulation des règles aurait toujours inclus dans son champ et à des degrés variables les données économiques, au même titre que les composantes morale, sociale, technique ou autre ;
- ensuite et surtout, les diverses branches du droit, et même le droit civil, ont fréquemment utilisé des standards propices à l'appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leurs résultats.

481. Ce mouvement « finaliste » semble s'être accéléré à l'époque contemporaine dans la législation civile où on a multiplié l'usage de notions à contenu variable¹⁴⁵¹, dans le but d'assouplir l'application du droit et d'élargir la marge d'action du juge ainsi transformé en expert chargé de se prononcer en fonction des intérêts en présence, notamment dans les branches du droit qui touchent directement à la vie économique¹⁴⁵². En définitive et aux fins de maximiser les utilités des parties à un contrat, l'analyse économique assigne au droit des contrats des fonctions économiques spécifiques.

B- Fonctions économiques du droit des contrats

482. Selon le Professeur Posner, "(...) *Contract law has five distinctive functions: (1) to prevent opportunism, (2) to interpolate efficient terms either on a wholesale or a retail basis (gap-filling versus ad hoc interpretation), (3) to punish avoidable mistakes in the contracting process, (4) to allocate risk to the superior risk bearer, and (5) to reduce the costs of resolving contract disputes*"¹⁴⁵³. Pour MM. Mackaay et Rousseau, ces fonctions économiques du contrat constituent les finalités particulières du droit des contrats, par opposition à ce qu'ils identifient comme étant le rôle général du droit des contrats. Ce rôle

comme pur accord de volontés : Cf. M.-A. Frison-Roche et S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, op. cit., p. 16, Document n° I-1-4.

¹⁴⁴⁷ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 61-62 ainsi que la référence citée (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

¹⁴⁴⁸ Ibid. p. 62

¹⁴⁴⁹ Ibid. Pour Mme Fabre-Magnan toutefois, il n'est pas contestable que l'obligation de coopérer demeure un devoir moral. Ceci est loin d'être le cas à notre sens (Cf. la deuxième partie de cette étude *infra*).

¹⁴⁵⁰ B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD tome 37, op. cit., p. 24-25 où l'auteur cite comme standard d'appréciation en opportunité la notion de « bon père de famille ».

¹⁴⁵¹ Pour une étude de la question Cf. C. Perelman, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse » in *Les notions à contenu variable en droit*, (Etudes publiées par C. Perelman et R. Vander Elst), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 365 et s.

¹⁴⁵² Ibid.

¹⁴⁵³ R. A. Posner, *Economic analysis of law*, seventh edition, op. cit., p. 99.

est, selon la formule de Wittman citée par ces auteurs, de « *minimiser la somme du coût de formulation du contrat par les parties, du coût de sa formulation par les tribunaux et du coût des comportements inefficaces résultant des contrats mal rédigés ou incomplets* »¹⁴⁵⁴. Ainsi, MM. Mackaay et Rousseau suggèrent au législateur, lorsqu'il formule des règles pour atteindre le contenu des finalités économiques précitées du contrat, de s'assurer que ces règles réduisent le coût du contrat en dessous de ce que les parties elles-mêmes auraient pu atteindre¹⁴⁵⁵. Une telle réduction pourrait se faire en attribuant généralement le fardeau d'un accident de parcours à celle des parties qui peut le mieux en influencer la survenance ou le coût, mais également aux deux s'il n'est pas possible de choisir¹⁴⁵⁶.

483. Le juge est également susceptible de tirer profit de l'analyse économique du droit. En effet, quoique très sceptique quant à l'apport d'une telle analyse au droit des contrats, un auteur affirme néanmoins que celle-ci peut, par une approche extérieure au droit positif, prescrire une attitude au juge consistant à choisir la solution optimale économiquement¹⁴⁵⁷. En définitive, aussi bien l'objectif central du droit des contrats que les fonctions économiques assignées à celui-ci ont trouvé à s'appliquer tant au niveau de la formation qu'au niveau de l'exécution des contrats.

II- La formation et l'exécution du contrat sous le prisme de *law and economics*

Les règles du droit des contrats ont été exposées à la lumière de l'analyse économique, aussi bien au niveau de la formation du contrat (A) qu'au niveau de son exécution (B).

A- La formation du contrat

484. La formation du contrat en droit anglo-saxon est régie par des règles différentes de celles que l'on rencontre dans les systèmes civilistes¹⁴⁵⁸. Ainsi par exemple, on relève que les notions d'objet et de cause ne trouvent pas leur correspondance exacte dans les concepts de « consideration », tandis que les vices de consentement – erreur, dol, violence – ne se traduisent pas exactement dans les concepts de « mistake », de « misrepresentation » ou encore de « duress »¹⁴⁵⁹. De fait, le concept de « mistake » en droit anglo-saxon est considéré comme étant plus restreint que celui de l'erreur dans les systèmes civilistes : il n'y a ainsi « mistake » susceptible de provoquer l'annulation du contrat que lorsque les parties avaient dans la réalité l'intention de conclure un contrat sur des choses différentes. Ce sera par exemple le cas lorsque les parties concluent un contrat

¹⁴⁵⁴ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 373 ainsi que la référence à Wittman citée par ces auteurs.

¹⁴⁵⁵ Ibid. p. 375.

¹⁴⁵⁶ Ibid. p. 375-376 où selon ces auteurs, l'attribution du fardeau peut se faire par la reconnaissance d'une responsabilité, mais aussi en interdisant à la partie en cause son option préférée : ainsi, la partie qui espérait réaliser un gain en comptant sur l'erreur de l'autre se verra retirer l'option de demander l'exécution du contrat tandis que l'on permettra au cocontractant d'en demander la nullité.

¹⁴⁵⁷ Cf. en ce sens L. Grynbaum, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », op. cit., p. 6. Pour cet auteur en effet, l'analyse économique du droit ne remet nullement en cause la conception classique du contrat qu'elle met en œuvre. Cette conception se réduit à une transaction soutenue par l'autonomie de la volonté.

¹⁴⁵⁸ V. en ce sens pour le droit français M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 64.

¹⁴⁵⁹ Ibid.

pour peindre une personne qui vient juste de mourir, situation que les parties ignorent¹⁴⁶⁰. En principe, une « mistake » qui porte sur les qualités de la chose ne rendra pas le contrat nul, même si l'on reconnaît que les anglais ont parfois recours à la doctrine romaine de l'*error in substantia*¹⁴⁶¹. La substance dans ce contexte est entendue dans son sens strict de matière, et ne s'étend pas à l'erreur sur les qualités substantielles de la chose que l'on rencontre en droit civil¹⁴⁶².

485. L'étude de ces concepts chez les auteurs anglo-saxons est toutefois considérée comme pouvant servir de point de départ à une analyse économique du droit de la formation des contrats dans les systèmes civilistes¹⁴⁶³. A titre d'exemple, la notion de consentement¹⁴⁶⁴ dans le contexte de l'analyse économique se rattachera au principe selon lequel le contrat doit apporter un gain aux deux parties. Le contrat ne doit dès lors se former que lorsque les parties ont suffisamment avancé dans leurs négociations de sorte à pouvoir préciser un arrangement qui fait l'affaire de chacune d'elles, un tel arrangement étant souvent l'aboutissement d'un processus de tâtonnement ou de discussions plus ou moins élaboré en fonction des circonstances¹⁴⁶⁵. La question du consentement pose autrement le problème de l'offre et de l'acceptation.

486. L'analyse économique des contrats tend à démontrer qu'un échange ne permet la maximisation des richesses que lorsque les parties sont réellement d'accord sur les termes de cet échange, alors même que tel ne peut toujours être le cas¹⁴⁶⁶. L'analyse économique elle-même a développé **la théorie de l'incomplétude contractuelle** – particulièrement applicable aux opérations de long terme tel un projet BOT – en ce sens que les parties ne peuvent prévoir à l'avance tous les états du monde possibles lorsqu'elles concluent leur contrat (Cf. *infra* n^{os} 1176 à 1193 pour une analyse approfondie de la théorie de l'incomplétude contractuelle). On a dès lors reproché à l'analyse économique de ne pas toujours aboutir à un résultat certain et constant, mais de dépendre au contraire en grande partie des arguments économiques choisis et de leur interprétation subjective¹⁴⁶⁷. On est donc forcé de constater que la rencontre des volontés semble finalement toute relative, notamment dans les contrats de long terme qui sont, comme par nature, incomplets. Cette situation a forcément une incidence au niveau de l'exécution du contrat, laquelle peut s'en trouver pénalisée.

¹⁴⁶⁰ G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London, Stevens and sons, seventh edition, 1987, p. 213 cité par M. Fabre-Magnan, op. cit., p. 64.

¹⁴⁶¹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 64.

¹⁴⁶² Ibid. L'auteur précise toutefois que l'analyse économique de la « mistake » est applicable, en grande partie, à l'erreur de l'article 1110 du Code civil.

¹⁴⁶³ En ce sens M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 64.

¹⁴⁶⁴ Pour un examen approfondi de la question, Cf. G. Dari-Mattiacci et D. Houtcieff, « Vice du consentement et aléa moral à travers la jurisprudence de la réticence dolosive » in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 45 et s.

¹⁴⁶⁵ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 400-401. Selon ces auteurs, la discussion est en général réduite à sa plus simple expression dans les contrats d'adhésion tandis qu'elle peut être longue et complexe dans d'autres situations contractuelles.

¹⁴⁶⁶ Un auteur relève ainsi que c'est par pure commodité de langage que s'impose l'expression « accord des volontés » car, la rencontre des volontés est bien souvent fortuite, partielle et accompagnée de dissimulations, de malentendus : C. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 17.

¹⁴⁶⁷ En ce sens Cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 67.

B- L'exécution du contrat

487. L'analyse économique du contrat considère que celui-ci est un outil de lutte contre l'incertitude¹⁴⁶⁸. Par ailleurs, le droit contractuel paraît avoir un certain lien avec les coûts de transactions et son influence sur les choix des parties, sur leurs calculs et leurs aspirations ne saurait être négligée, ce d'autant plus qu'il contribue à leur information et à l'appréciation qu'ils se font de leurs intérêts, de leurs besoins et des moyens de les satisfaire¹⁴⁶⁹. L'exécution du contrat peut soulever des difficultés dont deux majeures. Il s'agit en premier lieu de la question de l'inexécution du contrat (1) et en second lieu de la question des obligations de garantie (2). Ces deux questions se retrouvent par ailleurs au cœur des préoccupations des parties impliquées dans la structuration d'un projet BOT.

1- La question de l'inexécution du contrat

488. Qualifiée d'« accident de parcours » par MM. Mackaay et Rousseau¹⁴⁷⁰, l'inexécution du contrat survient lorsque l'une des parties ne fournit pas la prestation promise, ou la fournit en retard ou incomplètement. Dès lors, une des questions fondamentales posée par l'analyse économique du droit des contrats est celle de savoir si les règles qui régissent l'inexécution, c'est-à-dire les sanctions édictées par la loi, constituent une incitation suffisante pour décider les contractants à exécuter correctement leurs obligations¹⁴⁷¹.

489. Dans un premier cas de figure, l'inexécution peut être due à un cas de force majeure c'est-à-dire un événement irrésistible, imprévisible et à l'extérieur de la sphère de ceux dont le débiteur doit répondre. Ces trois éléments de la force majeure semblent bien s'expliquer sous une lecture économique : si l'un d'eux était absent, le débiteur de la prestation non fournie doit être encouragé à prendre des précautions, la règle contraire étant susceptible de créer un risque moral¹⁴⁷². Par contre, lorsque ces trois éléments se trouvent conjointement réunis, on peut penser qu'il s'agit d'un événement sur lequel le débiteur n'a aucune prise et pour lequel il serait vain de l'encourager à prendre des précautions¹⁴⁷³. Le débiteur perdrait en effet en efficacité ou gaspillerait en vain des ressources s'il devait être forcé de prendre des précautions dans ces circonstances.

490. D'un autre côté, l'inexécution peut être due à une faute, ce qui sous l'angle de l'analyse économique soulève la question des sanctions appropriées. On estime en effet que la sanction prévisible constitue le barème du niveau d'effort à déployer pour éviter

¹⁴⁶⁸ En ce sens, Cf. E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *JurisData* : 2005-270462, op. cit., p. 2 où l'auteur précise que pour les économistes, le contrat se présente avant tout comme un ensemble d'engagements réciproques entre des parties destinées à leur permettre d'économiser sur les coûts de transaction.

¹⁴⁶⁹ En ce sens, Cf. C. Atias, « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, op. cit., p. 17.

¹⁴⁷⁰ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 430-431.

¹⁴⁷¹ M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 68 ainsi que toutes les références citées en note 101 ; *adde* : E. Brousseau qui note cependant que l'économie des contrats n'est pas destinée à fournir une doctrine complète en matière de sanction lorsqu'il y a inexécution, notamment parce que fidèle à sa démarche hypothético-déductive, l'économiste propose des modèles théoriques destinés non pas à saisir toutes les dimensions du problème, mais à mettre l'accent sur certains enchaînements de causalité : E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *JurisData* : 2005-270462, op. cit., p. 2.

¹⁴⁷² En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 431.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

l'inexécution, tout comme la perte non compensée amènera la victime à tout entreprendre pour ne pas s'y exposer¹⁴⁷⁴. La sanction d'une inexécution fautive peut consister soit en l'exécution en nature, soit au paiement des dommages-intérêts et, dans ce dernier cas, se posera la question de l'évaluation du montant de ces dommages-intérêts¹⁴⁷⁵. Le thème des dommages et intérêts semble toutefois connaître des développements particulièrement approfondis dans la littérature sur l'analyse économique des contrats, en raison notamment de la place privilégiée qu'occupe ce « *remedy* » dans l'arsenal des sanctions de l'inexécution contractuelle en *common law*¹⁴⁷⁶.

491. Une hypothèse qui a retenu l'attention est celle dans laquelle on a estimé qu'il pouvait être intéressant pour la partie en situation d'inexécution de payer des dommages-intérêts requis à son cocontractant tout en livrant sa prestation à un tiers qui lui paie un montant suffisant rendant le changement profitable : c'est la théorie de la « rupture efficace » (ou « *efficient breach theory* »)¹⁴⁷⁷. Les tenants de la thèse de la rupture efficace soutiennent que, si le cocontractant peut réaliser un gain en contractant avec un tiers en rupture du contrat initialement conclu, tout en dédommageant intégralement le cocontractant frustré, cette inexécution est souhaitable et mériterait même d'être encouragée¹⁴⁷⁸. Une illustration de cette théorie est donnée par le Professeur Fontaine dans le cas suivant : Je vends des marchandises à B pour 1000. C se présente et m'en offre 1200. Si je me laisse tenter par cette offre supérieure, qui m'apporte un gain supplémentaire de 200, je dois rompre mon engagement envers B d'autant plus que j'apprends que B allait revendre ces marchandises pour 1100 et par conséquent réaliser un bénéfice de 100. Je devrai donc lui payer des dommages-intérêts de 100. Si je peux dès lors rompre mon contrat avec B, chacun s'en tire satisfait : C obtient les marchandises au prix qu'il offrait, je réalise un profit supplémentaire de 100, tout en ayant payé des dommages-intérêts de 100 à B lequel perçoit en fin de compte les bénéfices qu'il aurait retirés du contrat si ce dernier n'avait pas été rompu¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁴ Ibid. p. 433.

¹⁴⁷⁵ Pour une analyse détaillée de ces différents cas, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 433-441.

¹⁴⁷⁶ M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruxelles/Paris, Buylant/LGDJ, 2001, p. 1079-1080. Pour le Professeur Fontaine en effet, le mouvement « Law and Economics » s'étant épanoui, et ses analyses enracinées, dans un contexte de *common law*, les réflexions qui en sont issues accordent une attention particulière aux dommages-intérêts, « remède » principal en *common law*. Si l'exécution en nature (« specific performance ») n'est pas ignorée, elle occupe toutefois une place secondaire car l'analyse économique la compare aux dommages-intérêts, sur le plan de l'efficacité économique, généralement pour approuver la prééminence que la *common law* confère à ces derniers.

¹⁴⁷⁷ La paternité de cette théorie est attribuée à R. L. Birmingham (« *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency* »), 24, *Rutgers Law Review*, 1970, 273 cité par D. Campbell, « The relational constitution of remedy: co-operation as the implicit second principle of remedies for breach of contract », in *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 11, 2005, p. 461. Une présentation de cette théorie en français est faite par B. Rudden, « La théorie de la violation efficace », in RIDC, 1986, p. 1015-1041 ainsi que par M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 68-71 et E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 437-440.

¹⁴⁷⁸ En ce sens, Cf. M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, op. cit., p. 1080 ; E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 437 ; E. Brousseau, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *JurisData* : 2005-270462, op. cit., p. 4.

¹⁴⁷⁹ M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in M. Fontaine et G. Viney (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, op. cit. p. 1080.

492. La théorie de la « rupture efficace » présuppose toutefois que les dommages-intérêts constituent la sanction normale de l'inexécution et non pas l'exécution en nature¹⁴⁸⁰. M. Eisenberg, comme d'autres auteurs¹⁴⁸¹, s'est interrogé sur les points de savoir s'il était plausible que ce type de comportement ait lieu et, si le cas échéant, il pouvait être efficace¹⁴⁸². Il parvient à la conclusion que la rupture efficace pourrait donner de mauvais signaux pour la planification des affaires, outre qu'elle risque de miner les normes sociales qui, en complémentarité avec le droit, assurent le cadre du bon fonctionnement des affaires¹⁴⁸³. M. David Campbell soutient quant à lui que l'exécution du contrat, fondée sur la nécessaire coopération entre contractants, doit obéir à deux principes : protéger les attentes légitimes du créancier et minimiser les coûts de la rupture pour le débiteur¹⁴⁸⁴. Pour MM. Mackaay et Rousseau, l'objectif que cherche en apparence à atteindre la « rupture efficace » peut être poursuivi de bien d'autres manières¹⁴⁸⁵. La question des obligations de garantie participe de cette philosophie.

2- Les obligations de garantie

493. L'acquéreur d'un bien ou d'un service veut avoir l'assurance qu'aucune entrave de nature juridique ou d'ordre matériel n'empêche l'usage normal ou spécialement convenu : c'est l'objet des obligations de garanties. Les empêchements de nature juridique font généralement l'objet de la garantie de propriété, traditionnellement appelée garantie d'éviction¹⁴⁸⁶. Les entraves potentielles peuvent être d'ordre privé ou de nature publique :

- pour les entraves d'ordre privé que l'acheteur ne pouvait connaître, le vendeur est celui qui peut à moindre coût les prévenir c'est-à-dire le *cheapest cost avoider*, sauf si ce dernier les avait déclarées à l'acheteur ;

¹⁴⁸⁰ Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 437. *Contra* cependant P. Jacques, « Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans peur » consultable sur www.Dalloz.fr (également publié à la RTDciv. 2007, p. 154 et s.) où l'auteur cite en les critiquant un certain nombre de décisions de la Cour de cassation française qui auraient favorisé un mécanisme économique – et plus généralement selon l'auteur la loi du marché – au détriment du droit. L'auteur parle de « véritable désengagement de la Cour de cassation de son office ».

¹⁴⁸¹ V. notamment D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", *Texas Wesleyan Law Review* 2005, vol. 11, p. 455 et s.; I. Macneil, "Contracts; Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law", *Northwestern University Law Review* 1978, vol. 72, p. 854 et s.; S. Macaulay, "Non Contractual Relations in Business: A preliminary Study", *American Sociological Review*, 1963, p. 55 et s.

¹⁴⁸² Eisenberg 2005 (1012) cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 438.

¹⁴⁸³ Dans le même sens, Cf. Mme Fabre-Magnan qui relève que cette théorie, critiquée par certains auteurs comme étant incompatible avec les notions morales telles que celle de la promesse obligatoire, est complètement étrangère à la tradition civiliste et n'échappe pas à la critique même sur la base de strictes considérations économiques : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, op. cit., p. 70 ainsi que toutes les références citées ; adde M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé* (dir. M. Fontaine et G. Viney), op. cit., p. 1080 où l'auteur affirme que cette théorie traduit la volonté délibérée de détacher le droit des contrats de toute préoccupation morale liée au respect de la parole donnée.

¹⁴⁸⁴ Pour cet auteur qui rejette aussi bien la thèse de la rupture efficace que l'approche purement morale de la question de la rupture du contrat – la maxime classique *pacta sunt servanda* serait dépassée et ne renverrait qu'à une conception paternaliste du droit – le raisonnement en termes d'efficacité s'est concentré à tort sur l'efficacité de la violation c'est-à-dire la maximisation des profits. Or, selon cet auteur, la rupture du contrat intervient le plus souvent parce que le débiteur de l'obligation ne veut pas perdre trop d'argent en poursuivant l'exécution d'une prestation : le plus souvent il y aurait une cause autre à l'inexécution que la recherche du profit : D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", op. cit., p. 456-457.

¹⁴⁸⁵ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 440.

¹⁴⁸⁶ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 442.

- les entraves de nature publique posent une difficulté plus délicate à résoudre dans la mesure où tant le vendeur que l'acheteur sont censés connaître le droit, ce qui devrait en principe écarter toute déclaration de garantie¹⁴⁸⁷.

494. La garantie peut par ailleurs être de qualité : une de ses fonctions économiques est alors de servir de signal pour indiquer la qualité supérieure du bien et pour le distinguer de ceux qui ont une qualité moindre et pour lesquels une garantie étendue serait trop coûteuse¹⁴⁸⁸. La garantie opère par conséquent comme une méthode de « signalling » (Cf. *supra* n° 27 sur la notion de « signalling »). La garantie a cependant deux autres fonctions économiques¹⁴⁸⁹ essentielles, notamment dans le cadre d'une opération BOT :

- une fonction incitative: elle s'applique par exemple pour les défauts auxquels on peut porter remède dans l'immédiat ou, par la recherche, à l'avenir (dans un projet BOT ce peut être, comme nous le verrons, les garanties exigées du constructeur) ;
- une fonction d'assurance : elle jouera dans cette hypothèse pour ceux des défauts qui ne peuvent être corrigés à bon compte (il pourrait par exemple s'agir, dans un projet BOT, de garanties de performance).

495. Ces questions sont appréhendées en droit notamment au travers des règles en matière de vices cachés. Sous l'angle économique toutefois et dans la mesure où la valorisation est éminemment subjective, il est admis que si les qualités visibles de l'objet entrent dans la décision de l'acheteur, celui-ci est considéré comme le *cheapest cost avoider* s'agissant des caractéristiques visibles de l'objet¹⁴⁹⁰. Si par contre le bien est destiné à un usage inhabituel non divulgué au vendeur, on peut difficilement imaginer que ce dernier capte fautivement un avantage contractuel à son profit : dès lors que c'est l'acheteur qui possède les informations les plus importantes pour évaluer l'adéquation du bien à son usage, c'est ce dernier qui est le *cheapest cost avoider*¹⁴⁹¹. Ce principe du *cheapest cost avoider* est l'une des règles mises en œuvre dans la structuration d'un *project financing* eu égard, comme nous l'analyserons, à la prééminence de la répartition optimale des risques ainsi que de la rentabilité du projet. Il convient de présenter au préalable l'économie générale du procédé du *project financing*.

SECTION II : L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE DU PROJECT FINANCING

496. La présentation de l'économie générale du *project financing* passe au préalable par l'étude du concept même de *project financing* (sous-section 1). Elle suppose ensuite l'examen de sa mise en œuvre et notamment l'analyse des interactions entre parties qu'implique une telle mise en œuvre (sous-section 2).

Sous-section 1 : Le concept de projet financing

497. Une présentation succincte de l'historique du *project financing* nous permettra d'en apprécier l'évolution de sorte à tenter d'en cerner les contours précis (I). Ensuite, afin de

¹⁴⁸⁷ Ibid. p. 442.

¹⁴⁸⁸ Ibid. p. 443.

¹⁴⁸⁹ Ibid.

¹⁴⁹⁰ Ibid.

¹⁴⁹¹ Ibid. où les auteurs précisent qu'en protégeant l'usage normal du bien ou celui au sujet duquel les parties se sont entendues, le droit contrôle le risque moral chez l'acheteur.

mieux comprendre le montage auquel cette technique donne lieu, il conviendra d'en présenter les caractéristiques essentielles (II).

I- Historique et définition du *project financing*

498. La naissance et le développement du *project financing* (A) ont solidement fixé cette pratique dans l'économie contemporaine. Par conséquent, même s'il paraît difficile de définir de manière exhaustive un montage du type *project financing*, en raison de la singularité de chaque projet¹⁴⁹², une approche relativement stable de ce concept a pu émerger (B).

A- Naissance du *project financing*

499. Un auteur fixe la naissance du *project financing* à l'époque romaine¹⁴⁹³. Toutefois, bien que ce soit le développement des champs pétrolifères de la Mer du Nord qui ait vulgarisé cette technique de financement, celle-ci existe aux Etats-Unis depuis 1930. Elle a concouru au développement de l'industrie pétrolière américaine, permettant notamment le financement de multiples petites sociétés impliquées à cette époque dans la découverte et la production de pétrole¹⁴⁹⁴. Ces sociétés fonctionnaient généralement avec un capital insuffisant et tant leurs situations financières que celles de leurs actionnaires ne pouvaient leur permettre d'obtenir les crédits conventionnels, d'habitude accordés après examen des bilans financiers et l'obtention de sûretés, garanties et cautions¹⁴⁹⁵. En dépit de la précarité de leurs situations financières – alors même qu'elles exploitaient des gisements pétroliers dont la rentabilité ne souffrait d'aucun doute – ces petites sociétés reçurent tout de même des prêts bancaires sans recours, excepté un droit sur les champs pétrolifères et leurs produits¹⁴⁹⁶. Il s'en est suivi le développement de méthodes de financement assez évoluées dont par exemple la technique de « production-paiement »¹⁴⁹⁷.

500. Le *project financing* a par la suite, et encore aujourd'hui, pris beaucoup d'importance dans la réalisation de projets. Cette évolution positive s'explique par de nombreuses raisons dont notamment : l'accroissement des besoins financiers tant pour les entreprises privées que pour les Etats, une possibilité de financement hors bilan pour les entreprises privées, le jeu d'un ratio d'endettement plus élevé que la normale, une répartition optimale des risques entre parties ainsi que l'existence d'une planification financière et l'affectation des fonds à un but précis¹⁴⁹⁸. Toutefois, le *project financing* ne constitue pas toujours l'option de financement la moins onéreuse et de nombreux projets semblent avoir été abandonnés ou finalement réalisés par des méthodes classiques en raison des coûts

¹⁴⁹² I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 15.

¹⁴⁹³ R. Zimmermann, « Non-recourse – The most condemnable of loan transactions », in *Project Finance International*, Issue 100, July 1996 at 62/3 cité par Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 4, note 2 ainsi que toutes les autres références citées.

¹⁴⁹⁴ A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », in D.P.C.I., juin 1980, Tome 6, n° 2, p. 190.

¹⁴⁹⁵ Ibid.

¹⁴⁹⁶ Ibid.

¹⁴⁹⁷ Grâce à cette méthode, le remboursement du prêt ne débute qu'à partir du moment où on retire le pétrole du sol et s'effectue par le biais des sommes payées en contrepartie de la vente de ce même pétrole.

¹⁴⁹⁸ Sur l'ensemble de ces raisons et bien d'autres, Cf. A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, Paris, Joly éditions, 2002, p. 5-6 ; Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 7-8 ; A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », op. cit., p. 191-192.

prohibitifs qu'entraînait l'utilisation de cette technique¹⁴⁹⁹. Cette dernière paraît malgré tout demeurer une méthode efficace de répartition de risques et d'augmentation de la capacité d'endettement pour un projet¹⁵⁰⁰. Initialement mis en œuvre dans le domaine pétrolier, le *project financing* est de nos jours utilisé dans des domaines très variés tels les projets liés au développement propre d'un industriel, les projets liés à l'exploitation des ressources naturelles ainsi que les projets de gestion de biens ou services collectifs (infrastructures, télécommunications...). Il constitue en l'occurrence le socle des opérations de BOT et mérite à ce titre d'être précisément défini.

B- Définition du *project financing*

501. L'expression *project financing* paraît souvent employée de façon peu précise : il peut dans certains contextes traduire le fait de lever des fonds pour financer des projets – n'importe quel projet – tandis que dans d'autres circonstances, il décrit une situation financière désespérée dont le sauvetage ne peut être assuré que par des options de financement extrêmement délicates¹⁵⁰¹. Le *project financing* véritable consiste en un financement sans recours où les prêteurs acceptent de financer un projet uniquement en se basant sur sa rentabilité et sa valeur propres¹⁵⁰². En pratique toutefois, de tels financements semblent plutôt rares, compte tenu de leurs coûts élevés ainsi que des critères rigoureux auxquels ils sont soumis¹⁵⁰³.

502. Pour M. Graham Vinter, la réponse à la question de savoir ce qu'est un *project finance* peut énormément varier; toutefois: "*Project finance is financing the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is not to be provided by any form of share capital and is to be repaid principally out of revenues produced by the project in question*"¹⁵⁰⁴. Plus explicite, M. Scott L. Hoffman estime quant à lui que: "*The term "project finance" is generally used to refer to a nonrecourse or limited recourse financing structure in which debt, equity, and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the refinancing, of a particular facility in a capital-intensive industry, in which lenders base credit appraisals on the projected revenues from the operation of the facility, and rely on the assets of the facility, including any revenue-producing contracts and other cash flow generated by the facility, as collateral for the debt*"¹⁵⁰⁵. Dans un *project financing* par conséquent, le

¹⁴⁹⁹ Cf. en ce sens L. Wynant, « Essential elements of project financing », in Harvard Business Review, May-June 1980, p. 173. Nous verrons plus tard que de telles situations ne sont pas toujours négatives, car fournissant une base comparative des options de financement disponibles.

¹⁵⁰⁰ Ibid.

¹⁵⁰¹ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 4: "*The term project finance is often misused, owing to a general misunderstanding of the term. In some circles, it refers to raising funds to pay the cost of a project – any project. In others, the term is used to describe a hopeless financial situation remediable only with extreme financing options*" (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

¹⁵⁰² A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », op. cit., p. 190

¹⁵⁰³ Ibid. p. 193 ; *adde* : L. Wynant, « Essential elements of project financing » op. cit., p. 171 où l'auteur cite deux projets de ce genre entrepris par Freeport Minerals, respectivement en Indonésie et en Australie, dans les années 1960.

¹⁵⁰⁴ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, London, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 2006, p. 1.

¹⁵⁰⁵ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 4 ainsi que toutes les autres définitions et références y relatives citées par cet auteur; *adde* : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, London, Sweet & Maxwell, 2007, p. 3 ; R. Akbiyikli, D. Eaton and A. Turner, "Project finance and the Private Finance Initiative (PFI)", in The Journal of Structured Finance, Summer 2006, p. 67; Rajan A. Thillai, "Observations on project

remboursement du prêt dépend partiellement (hypothèse du prêt à recours limité ou « limited recourse financing ») ou uniquement (cas du prêt sans recours ou « non-recourse financing ») des cash flow générés par le projet lui-même¹⁵⁰⁶. La capacité de projets à générer des revenus qui serviront au remboursement du prêt constitue dès lors la pierre angulaire du *project financing*. Ainsi défini, le *project financing* présente un certain nombre de caractéristiques essentielles qu'il convient d'analyser.

II- Caractéristiques essentielles du *project financing*

503. Tout projet réalisé sous le procédé de *project financing* (qu'il s'agisse d'un *non recourse* ou d'un *limited recourse financing*) doit être susceptible de produire des revenus (cash flow notamment) qui serviront au remboursement du prêt (B), d'où la nécessité de cerner avec précision les risques du projet afin d'en déterminer la répartition optimale entre les différents partenaires (A). En effet, le lien entre risques et rentabilité ainsi que l'influence des premiers sur la seconde constituent la grande équation du *project financing*, laquelle sera examinée plus avant dans cette étude.

A- La consubstantielle analyse et répartition des risques – Renvoi

504. Une fois qu'un projet a été identifié, il devient indispensable que les parties (il s'agira dans le cas du BOT notamment, des sponsors ou promoteurs, de l'Etat hôte et des prêteurs) effectuent une analyse approfondie dudit projet afin de statuer sur sa faisabilité. Il est essentiellement question d'identifier et d'analyser les risques du projet en cause de sorte à pouvoir mettre en place un montage juridique et financier reposant sur une allocation acceptable, par tous les intervenants, des risques décelés lors de l'analyse. Au vu de l'importance de la question du risque et de l'analyse qui doit en être faite, des développements substantiels et approfondis y sont consacrés dans le chapitre suivant (chapitre 2 *infra* sections I, II et III) auquel il convient de se reporter.

B- La nécessaire rentabilité propre du projet – Renvoi

505. Quelle qu'en soit la modalité (*non recourse* ou *limited recourse*), le projet à réaliser doit être susceptible de produire des revenus qui serviront au remboursement du prêt : sa rentabilité et sa valeur propres sont alors cruciales, notamment pour les promoteurs et les prêteurs. De plus amples développements sont consacrés à la rentabilité du projet dans le chapitre 2 *infra*. En définitive, le constat est d'ores et déjà établi que le montage du *project financing* découle des caractéristiques essentielles précitées. Il en résulte qu'en raison de la multitude d'intervenants (dont les pouvoirs, les connaissances et capacités sont variés et variables) et d'instruments (techniques, juridiques et financiers), la mise en œuvre du *project financing* se révèle être un cadre idéal d'interactions stratégiques.

structures for privately funded infrastructure projects”, in The Journal of Structured and Project finance, spring 2004, p.39.

¹⁵⁰⁶ En ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 5; *adde*: I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 15.

Sous-section 2 : La structuration et la mise en œuvre du *project financing* : cadre idéal d'interactions stratégiques

506. En pratique, l'analyse économique imprime au projet sa structure et ce, dans tous ses aspects. De là par exemple, les engagements que prend chacun des partenaires ou les obligations qui s'imposent à chacun de ceux-ci. Il s'ensuit que le *project financing* est un montage (I) qui évolue dans un cadre d'interactions stratégiques entre partenaires (II).

I- Le *project financing* est un montage

507. Au sens juridique du terme, le montage est entendu comme une construction intellectuelle destinée à réaliser une opération juridique¹⁵⁰⁷. La notion de montage a pu être définie à l'aide de quatre éléments : « un contexte objectif, des buts définis à atteindre, des éléments à rassembler à cette fin, une technique d'ensemble »¹⁵⁰⁸. Le *project financing* fait intervenir une multitude de parties ou d'entités, d'instruments juridiques, économiques et financiers en vue de réaliser et d'exploiter un projet de manière satisfaisante pour tous les intervenants. Il s'agit, à notre sens, non pas d'un « montage contractuel complexe »¹⁵⁰⁹, mais véritablement d'une association de compétences (A) en vue de réaliser et d'exploiter un projet (B).

A- L'association de compétences

508. L'étape la plus importante dans un *project financing* est certainement celle qui consiste à identifier et à faire travailler ensemble différentes entités en fonction des compétences propres reconnues à chacune d'elles. La structure de base d'un montage en *project financing* suppose la création d'une entité spécifique ou *ad hoc* (société du projet ou « Project company ») exclusivement dédiée au portage de l'opération. Ce sont généralement ceux qui ont développé le projet pendant sa période de gestation, c'est-à-dire ses promoteurs, qui sont les actionnaires d'une telle société¹⁵¹⁰. Un pacte d'actionnaires lie souvent ces promoteurs du projet.

509. La construction du projet implique quant à elle la présence de constructeurs ou d'un groupement de constructeurs liés à la société du projet par un ou des contrats de construction. Ces constructeurs peuvent eux-mêmes être amenés à sous-traiter une partie

¹⁵⁰⁷ N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Imprimerie Nationale éditions, 2003, p. 23. Pour cet auteur, le montage pourra ainsi conduire à l'assemblage d'actes destinés à permettre la réalisation de l'opération juridique, ou bien la signature d'un contrat unique comportant une architecture particulière, destinée à la réalisation de l'opération juridique.

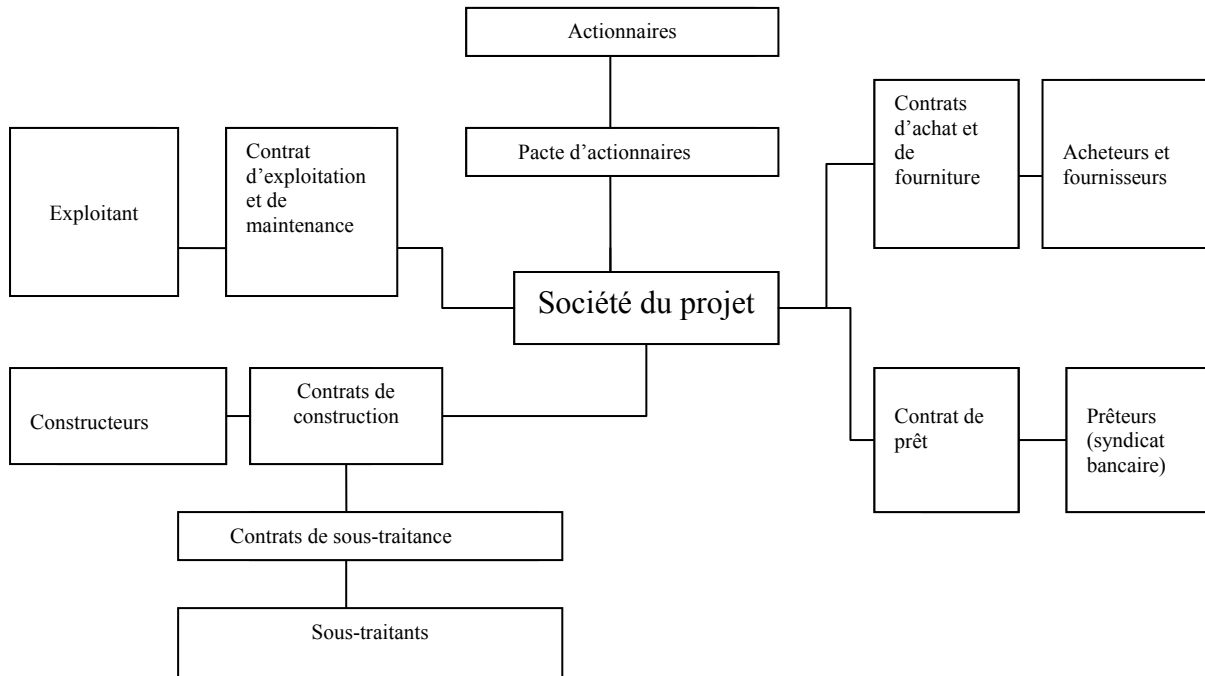
¹⁵⁰⁸ J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, Paris, Joly éd. Pratique des affaires 1994, p. 11.

¹⁵⁰⁹ Pour M. Nil Symchowicz en effet, le montage contractuel complexe présente deux caractéristiques. D'une part, il est une construction intellectuelle destinée à réaliser une opération juridique prédéterminée, laquelle doit être constituée, ou bien de plusieurs actes contractuels conclus entre les mêmes parties ou faisant appel à d'autres intervenants, ou bien d'un acte contractuel comportant plusieurs objets mêlés. D'autre part, le montage ainsi caractérisé ne doit pas dans son ensemble, connaître de statut juridique global et cohérent dans la mesure où pour être complexe, des zones d'ombres doivent exister en ce qui concerne (alternativement) sa notion et/ou sa nature juridique et/ou sa qualification juridique et/ou son régime juridique : N. Symchowicz, *Droit public des montages contractuels complexes*, op. cit., p. 34-35. Nous verrons cependant – c'est du reste l'objet de notre thèse – que le *project financing*, et partant le BOT, peuvent connaître un statut juridique global et cohérent.

¹⁵¹⁰ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 113. Ces auteurs indiquent toutefois que pour de nombreuses raisons (réglementaires, commerciales ou financières), certains des actionnaires de la société du projet détiennent des parts de celle-ci sans avoir nécessairement participé à l'élaboration du projet.

des tâches qui leur incombent, au moyen de contrats de sous-traitance. Enfin, les prêteurs (généralement un syndicat de banques) qui assurent le financement du projet sont liés à la société du projet par une ou des conventions de crédit.

510. Le schéma ci-dessous présente la structure type d'un montage en *project financing* :



(Une analyse approfondie de cette structure, adaptée au contexte du BOT, est faite dans la deuxième partie de cette étude).

B- La réalisation et l'exploitation d'un projet

511. Le but du montage qu'effectuent les parties est de réaliser et d'exploiter le projet qu'elles ont en vue. Chacune des parties devrait trouver un intérêt à ce que le projet soit réalisé et exploité convenablement. Dès lors, une bonne compréhension et une bonne prise en compte de l'intérêt de chacun des intervenants au projet constitue un préalable à toute négociation saine¹⁵¹¹. Ce sont les protagonistes principaux du projet à savoir le partenaire public ou l'Etat d'accueil et les promoteurs qui déterminent les objectifs et les moyens à déployer. Pour les promoteurs du projet, il s'agira généralement de s'assurer un retour sur investissement conséquent, tout en limitant au mieux tant les risques financiers que les responsabilités pouvant découler des obligations qui leur incombent¹⁵¹². Quant à l'Etat d'accueil du projet, on tend à présumer qu'il agit dans le sens de l'intérêt général et du pays¹⁵¹³. Il s'agira alors généralement d'attirer les investissements internationaux, de protéger les intérêts nationaux, d'assurer une exploitation efficace des ressources du pays ainsi que la réalisation d'infrastructures adéquates tout en veillant à ce que le projet ne soit

¹⁵¹¹ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 3.

¹⁵¹² En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 11 ; *adde* dans le même sens: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 4 où l'auteur affirme que le gain financier ne serait toutefois pas le seul motif de participation des promoteurs à un projet.

¹⁵¹³ En ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 3.

pas en fin de compte financé par le budget de l'Etat¹⁵¹⁴. Certains auteurs ont relevé qu'en raison de leur contrôle et de leur soutien des projets, les Etats, et plus généralement, les personnes publiques sont encore très présents dans la plupart des grands financements de projets¹⁵¹⁵. Ceux-ci tentent ainsi, soit de maintenir leur présence dans les fonctions régaliennes ou vitales pour le pays, soit de soutenir un projet dont la rentabilité financière est insuffisante et n'incite par conséquent pas le secteur privé à y investir¹⁵¹⁶.

512. Les prêteurs visent généralement une certaine marge de profits liés aux prêts accordés¹⁵¹⁷. Toutefois, ils tiennent à s'assurer que le projet est « bancable »¹⁵¹⁸, c'est-à-dire qu'il possède une valeur propre telle que traduite par ses contrats, que le remboursement de leurs prêts est sûr et qu'un maximum de risques a été alloué à d'autres intervenants¹⁵¹⁹. Les autres partenaires contractuels du projet (constructeurs, opérateurs, fournisseurs, acheteurs) voudraient pour leur part négocier des contrats assurant les protections commerciales habituelles, sans avoir à supporter des exigences supplémentaires qui pourraient venir notamment des prêteurs¹⁵²⁰.

513. En fin de compte et quoique les objectifs des uns et des autres paraissent à première vue divergents, le *project financing* permet d'associer les compétences et de répartir les risques du projet entre les différents intervenants. Il permet également de réduire autant que possible les conséquences financières de la réalisation d'un risque. Il en résulte qu'une telle association permet à des promoteurs de réaliser des projets de grande envergure, sans commune mesure avec leurs propres capacités financières¹⁵²¹. Ceci ne va toutefois pas de soi car, la structuration et surtout la mise en œuvre du *project financing* implique de multiples interactions entre parties et semble induire stabilité et évolution.

II- Le *project financing* : cadre idéal d'interactions stratégiques

514. En raison de la multitude d'intervenants et d'outils – économiques, financiers et juridiques – qu'implique le *project financing*, ce dernier constitue un cadre idéal d'interactions stratégiques. La théorie des interactions stratégiques ou théorie des jeux constitue un important outil d'étude des rapports entre individus dans la société, notamment sur les sources récurrentes de conflits et sur les règles et les institutions découvertes pour en prévenir l'éclatement¹⁵²². Elle serait née dans les années 1920¹⁵²³ et

¹⁵¹⁴ En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 11.

¹⁵¹⁵ A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., p. 19.

¹⁵¹⁶ Ibid. p. 19-20.

¹⁵¹⁷ En ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 6. L'auteur recense un certain nombre d'objectifs visés par les prêteurs à savoir : « *to make profits ; to assume only measurable or measured risks ; to have control over key project decisions ; to take control of the project as soon as possible in times of hardship* ».

¹⁵¹⁸ Pour Philip R. Wood, « *The term 'bankability' means that the project contracts must be acceptable to the banks if they are going to be willing to finance it* » : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 12.

¹⁵¹⁹ Ibid. p. 11.

¹⁵²⁰ Ibid.

¹⁵²¹ En ce sens, Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 162.

¹⁵²² En ce sens, E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 40. Pour ces auteurs, une telle étude touche à ce qui est qualifié, depuis Hayek, « l'ordre spontané », c'est-à-dire les structures de coopération qui s'établissent dans le cours des interactions entre individus sans avoir été planifiées par une autorité externe. *Contra* : E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 152 où ces auteurs affirment que ni la théorie économique

semble susciter un intérêt dans tous les domaines des sciences sociales, même si son utilisation en droit ne daterait que des vingt dernières années¹⁵²⁴. Pour certains auteurs, il existe de fortes affinités entre la théorie des jeux et la théorie économique néoclassique dans la mesure où ces deux théories traitent de situations de maximisation des gains par les individus¹⁵²⁵.

515. La théorie des jeux opère une distinction fondamentale entre les jeux de conflit pur, les jeux de simple coordination et les jeux dits « mixtes »¹⁵²⁶. Les jeux de conflit pur représentent des situations d'opposition totale d'intérêts, sans possibilité de terrain d'entente (guerre totale) tandis que les jeux de simple coordination consistent en des situations où chacun des participants, afin d'éviter un conflit, a intérêt à adopter un comportement compatible avec celui des autres¹⁵²⁷. Les jeux « mixtes » quant à eux traduisent des situations dans lesquelles la coopération est avantageuse pour les joueurs, mais où il pourrait être encore plus avantageux pour un joueur de tromper l'autre, pour autant que cet autre n'en fasse pas autant dès lors que ce dernier comportement mettrait fin à la coopération¹⁵²⁸. C'est ce dernier type de jeux qui nous intéresse dans cette étude (A) dans la mesure où le *project financing* – et partant le BOT – peut s'assimiler à un « jeu de longue haleine » ou à un jeu répété (B).

A- Les jeux de coopération

516. L'approche de la théorie des jeux qui s'intéresse aux diverses « ententes » que les joueurs peuvent former est dite coopérative¹⁵²⁹. Toutefois, si les jeux de coopération ressemblent aux jeux de coordination – dans la mesure où la coopération paraît avantageuse et préférable au refus des joueurs de coopérer dans l'un et l'autre type de jeux – ils diffèrent par la présence d'un élément stratégique dans les jeux de coopération. La présence d'un tel élément stratégique fait en sorte que si l'un des joueurs adopte une position de coopération, l'autre, le sachant, a intérêt à ne pas coopérer (c'est-à-dire à tricher), ce qui est plus « profitable » encore que de coopérer¹⁵³⁰. Néanmoins, si les deux joueurs tentent de tricher, les gains de la coopération s'évaporent. L'utilité de la théorie

néoclassique, ni la théorie des jeux ne permettent de résoudre des problèmes concrets ou de faire des prédictions ou des recommandations en rapport avec la vie réelle.

¹⁵²³ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 126. Pour un historique de la théorie des jeux Cf. W. Poundstone, *Prisoner's dilemma – John von Neuman, Game Theory, and the Puzzle of the Bomb*, New York, Doubleday, 1992.

¹⁵²⁴ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 41. Pour ces auteurs, la nature des jeux d'interaction était cependant intuitivement apparente pour un bon nombre de penseurs qui ont marqué l'histoire des idées sur le droit, de Machiavel à Rousseau et Marx, en passant par Hobbes, Locke, Hume et Adam Smith.

¹⁵²⁵ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 126. Pour ces auteurs, la différence entre ces deux théories ne serait qu'une question d' emphase : tandis que la théorie économique néoclassique insiste sur les paramètres qui caractérisent les agents (goûts, dotations initiales, techniques disponibles), la théorie des jeux mettrait quant à elle l'accent sur le cadre dans lequel les décisions sont prises (les règles du jeu).

¹⁵²⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 42.

¹⁵²⁷ Pour une présentation détaillée de ces deux types de jeux ainsi que de leurs modalités, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 42-49.

¹⁵²⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 42.

¹⁵²⁹ En ce sens Cf. E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 127.

¹⁵³⁰ On peut par exemple imaginer que dans un projet BOT, il peut être tentant pour l'Etat d'accueil, après construction et démarrage, de procéder à une expropriation ou à une nationalisation du projet. Par contraste, il peut aussi être tentant pour les promoteurs de maximiser leurs gains au démarrage du projet, puis de cesser toute maintenance de l'infrastructure ou de refuser toute formation du personnel local ou tout transfert de know-how.

des jeux paraît aller au-delà de l'hypothèse des jeux de simple coordination car, il existe de nombreuses situations dans lesquelles les décisions et les choix doivent tenir compte des réactions potentielles des autres : la théorie des jeux constitue dans de telles circonstances un cadre permettant d'analyser les comportements stratégiques¹⁵³¹. Ces comportements stratégiques pourraient être expliqués en s'appuyant sur les concepts clés d'incitation et d'information¹⁵³².

517. Dans le domaine du contrat, les règles de réciprocité qui caractérisent le contrat ont été étudiées au moyen du jeu du dilemme du prisonnier¹⁵³³. Les principales caractéristiques du dilemme du prisonnier sont brièvement les suivantes : deux prisonniers, A et B, sont accusés d'avoir commis un délit. Ils sont interrogés séparément et se voient proposer à l'un et à l'autre le même marché dans les termes suivants : « Voilà actuellement la situation. Si tu te tais et si ton complice avoue, ta peine sera de cinq ans de prison. Si vous avouez tous les deux, vous serez condamnés à trois ans de prison chacun. D'un autre côté, il est possible que ton complice se taise. Si tu te tais toi aussi, ta peine ne sera que d'une année de prison. En revanche si ton complice se tait et si tu avoues, on te laissera sortir dans trois mois »¹⁵³⁴.

518. La figure ci-dessous ou matrice des gains (ou encore tableau du jeu) montre les résultats du marché proposé aux prisonniers :

		Prisonnier B	
		Avoue	Se tait
Prisonnier A	Avoue	3 années de prison pour B 3 années de Prison pour A	5 années de prison pour B 3 mois de prison Pour A
	Se tait	3 mois de prison pour B 5 années de prison pour A	1 année de prison pour B 1 année de prison Pour A

519. Ce jeu est symétrique dans la mesure où, à conditions constantes par ailleurs, le marché est le même pour les deux prisonniers. Pour déterminer ce que feront les prisonniers, il suffirait par conséquent d'analyser la situation de l'un d'eux. Le prisonnier A compare ses options en tenant compte de ce que décide de faire le prisonnier B : on dit alors qu'il se comporte de manière stratégique c'est-à-dire qu'il essaie de prévoir ce que

¹⁵³¹ En ce sens Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 292 ; *adde* : Richard A. Posner, *Economic analysis of Law*, op. cit., p. 19.

¹⁵³² J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 292.

¹⁵³³ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 54 où les auteurs précisent que ce jeu doit son nom à une histoire inventée par Tucker en 1950 (Voir également la référence à Poundstone citée).

¹⁵³⁴ Cette présentation du dilemme du prisonnier est empruntée à J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 293.

l'autre prisonnier a des chances de faire¹⁵³⁵. Ceci signifie par rapport à notre tableau que si le prisonnier B décide de se taire, le prisonnier A possède un avantage à le dénoncer puisque 3 mois de prison valent mieux qu'un an de prison (hypothèse qui correspond à la case nord-est). Si par contre le prisonnier B opte pour l'aveu, le prisonnier A ne change pas d'option car 3 années de prisons valent mieux que 5 années de prison (hypothèse dans laquelle il déciderait de se taire). Dès lors que les deux prisonniers raisonnent de la même façon, le résultat auquel ils aboutissent est l'aveu réciproque (ils purgeront chacun 3 années de prison case nord-ouest) : chaque prisonnier pense en effet que l'aveu est la meilleure solution du point de vue de son intérêt personnel, que son partenaire avoue ou non. Mais, ce faisant, les deux prisonniers se retrouvent dans une situation pire que s'ils n'avaient pas avoué : la conduite rationnelle des individus semble ainsi mener paradoxalement à la ruine collective¹⁵³⁶. Nous renvoyons à la deuxième partie de la présente étude (Cf. n^{os} 1256 à 1259 *infra*) pour l'application du jeu du dilemme du prisonnier à une opération BOT.

- 520.** Il apparaît toutefois que le comportement coopératif dans des situations de dilemme est possible dès lors que l'on peut sanctionner, ce qui présuppose des institutions pour rendre les sanctions crédibles. En résulte-t-il qu'un contrat viable exige nécessairement la présence d'un Etat ? On ne peut l'affirmer dans l'absolu car il y aurait en pratique des comportements coopératifs, sans même qu'il y ait communication entre les joueurs ou un Etat pour sanctionner les engagements non respectés du fait que les joueurs se font mutuellement *confiance*, qu'ils sont liés par un lien d'*amitié* ou de *parenté* ou encore qu'ils font preuve de *solidarité* l'un à l'égard de l'autre ou encore qu'ils obéissent à un *code d'honneur* commun¹⁵³⁷. De tels phénomènes relèvent des liens dépassant la rencontre unique et s'insèrent par conséquent dans des rapports de longue haleine. Le *project financing*, par sa durée notamment, s'assimile en effet à un rapport de longue haleine.

B- Le *project financing* : jeu de longue haleine par essence stratégique

- 521.** Dans le jeu simple du dilemme du prisonnier tel que décrit *supra*, chaque joueur prend une seule décision et le jeu est joué une seule fois. Par contre, dans le cas où les joueurs sont en interaction plusieurs fois – ce qui est incontestablement le cas dans tout *project financing* et dans tout BOT – les stratégies possibles de chacun deviendront plus complexes. Cette complexité peut s'accroître dans le cadre d'un BOT en raison de la présence d'une multitude de parties. Les jeux joués plusieurs fois par les mêmes joueurs sont appelés des jeux répétés ou jeux de longue haleine¹⁵³⁸. Ceux-ci peuvent faire apparaître de nouveaux moyens de mettre en œuvre une coopération bénéfique pour les parties.

- 522.** C'est notamment le politologue américain Robert Axelrod, dont une première synthèse des travaux a été publiée en 1984, qui s'est attaché à l'examen de l'idée de « longue

¹⁵³⁵ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 293.

¹⁵³⁶ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 55.

¹⁵³⁷ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 56 (ce sont les auteurs qui soulignent dans le texte).

¹⁵³⁸ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 300.

haleine », laquelle influencerait de manière remarquable le comportement coopératif¹⁵³⁹. Cet auteur a cherché à construire une théorie de la coopération qui démontre comment des individus, poursuivant leurs intérêts propres dans une interaction structurée comme un dilemme de prisonnier, peuvent aboutir à la solution coopérative, sans l'aide d'une autorité centrale, en clair dans l'anarchie¹⁵⁴⁰.

523. M. Axelrod prend comme point de départ l'hypothèse que les joueurs répètent le jeu à l'infini (dans la théorie des jeux il s'agit d'une « supergame » ou « superjeu »), ce qui offre la possibilité d'envisager des stratégies qui s'étendent sur un certain nombre de jeux et qui comportent des réactions à ce qu'a fait l'adversaire antérieurement. Une gamme de stratégies peut alors se concevoir, soit que le joueur essaie de surprendre l'adversaire, soit qu'il réussit à deviner sa stratégie, selon la mesure où il veut se protéger contre l'exploitation par l'autre. Parmi les résultats significatifs émanant de l'étude de M. Axelrod, il convient de retenir la démonstration suivant laquelle, lorsque les joueurs attachent un intérêt suffisant aux jeux futurs, il n'y a pas de stratégie optimale indépendante de celle de l'adversaire¹⁵⁴¹ : le jeu est dans son essence stratégique. Un tel résultat théorique a conduit M. Axelrod à s'interroger sur le point de savoir si la confrontation des stratégies pourrait permettre d'aboutir à des conclusions intéressantes, d'où un recours à des tournois desquels a émergé une victoire de la stratégie de la réciprocité ou du « Tac-au-Tac » ou « donnant-donnant »¹⁵⁴².

524. La stratégie du « Tac-au-Tac » se traduit par quatre caractéristiques – la gentillesse, la « provocabilité », la revanche et le pardon – et semble mener à une parfaite réciprocité dans les rapports¹⁵⁴³. Elle ne domine aucune stratégie de l'adversaire et tend à bien discriminer entre les adversaires bienveillants et malveillants¹⁵⁴⁴. En conséquence, son succès tiendrait non pas à l'exploitation de l'autre mais à ce que, même faisant face à des stratégies très diverses, elle parvient à établir et à maintenir la solution coopérative¹⁵⁴⁵.

525. Le *projet financing* (et donc forcément le BOT) nous semble correspondre à ce schéma de « supergame », par essence stratégique, dans lequel les joueurs principaux – Etat d'accueil et promoteurs du projet notamment – inscrivent leur jeu dans la durée et aménagent des stratégies pour rendre leur coopération effective et efficace. Il en est ainsi d'autant plus que le BOT implique une situation d'incomplétude contractuelle¹⁵⁴⁶. Pour

¹⁵³⁹ R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, Revised edition (with a new foreword by Richard Dawkins), 1986.

¹⁵⁴⁰ Ibid. p. 6.

¹⁵⁴¹ Il n'y a donc pas de stratégie dominante c'est-à-dire une stratégie qui est la meilleure quoi que fasse l'adversaire. Quand un joueur possède une stratégie dominante en effet, c'est cette stratégie qu'il faut prendre en compte en tant que choix de décideur rationnel.

¹⁵⁴² Pour une analyse des raisons de ce succès ainsi que les critiques formulées à l'endroit des études d'Axelrod, Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 57-62.

¹⁵⁴³ Ibid. p. 58.

¹⁵⁴⁴ La discrimination suppose la réunion de trois facultés : la faculté de reconnaître l'adversaire contre lequel on a déjà joué, celle de se rappeler la stratégie adoptée par celui-ci la dernière fois et celle de donner une réplique adaptée.

¹⁵⁴⁵ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 58.

¹⁵⁴⁶ Pour une analyse de la théorie de l'incomplétude contractuelle V. deuxième partie *infra*. Par ailleurs, Mme Bénicourt et M. Guerrien remarquent que l'existence du doute peut finalement être une bonne chose – meilleure que la certitude absolue – quoique paradoxale (le paradoxe venant de ce qu'on ne se trouve pas devant un obstacle naturel qu'il faut surmonter au mieux, mais devant une situation où le résultat dépend de ce que chacun pense que les autres vont faire) : en effet, l'incertitude peut permettre une amélioration du bien-être général alors qu'elle est généralement considérée, à juste titre selon ces auteurs, comme une mauvaise chose : E. Bénicourt et

l'International Finance Corporation (IFC) en effet, “(...) *The sharing of risks and benefits brings unrelated parties into a close and long relationship. A sponsor must consider the implications of its actions on the other parties associated with the project (and must treat them fairly) if the relationship is to remain harmonious over the long term*”¹⁵⁴⁷. Le *project financing* apparaît en définitive comme une situation dans laquelle les différents joueurs, et notamment les joueurs principaux, trouvent des moyens de coopérer sur le long terme et doivent dès lors se focaliser sur les conséquences futures de leurs décisions actuelles. Le *project financing* constitue de ce fait un formidable outil d'aide à la décision d'investissement.

SECTION III : LE PROJECT FINANCING COMME OUTIL D'AIDE A LA DECISION D'INVESTISSEMENT

526. Le *project financing* apparaît également comme un précieux outil d'aide à la décision d'investissement. Une telle fonction tient principalement à deux raisons : d'une part, le *project financing* impose de nombreuses études et évaluations préalables de faisabilité (sous-section 1) et surtout, d'autre part, il offre, notamment au partenaire public, une possibilité de comparaison (*benchmarking*) entre sources et/ou procédés de financement (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les études et évaluations préalables de faisabilité

527. Les études et évaluations préalables de faisabilité d'un projet réalisé en *project financing* ont pour objectif central la maîtrise des risques inhérents au projet en cause. De telles études permettent d'analyser l'ensemble des aspects et paramètres (techniques, économiques, contractuels...) afin d'éclairer utilement tous les intervenants au projet et leur permettre de réaliser une allocation ainsi qu'une utilisation optimales de toutes les ressources du projet¹⁵⁴⁸. Par ailleurs, dans la mesure où les cash flow du projet en constituent la colonne vertébrale, mesurer l'écart entre le cash flow dégagé par le projet et le coût de la dette constitue un élément essentiel de l'analyse des risques, ces derniers ne pouvant cependant être appréhendés qu'au travers d'une analyse technique, économique et financière approfondie du projet (I). Le souci d'optimalité commande également une analyse circonstanciée des paramètres juridique, social et environnemental propres à tout *project financing* (II).

I- L'analyse économique, financière et technique approfondie du projet

528. La réalisation d'un projet peut, selon les contextes, avoir des différences fondamentales. De telles différences peuvent être fonction du secteur d'activité ou encore du pays hôte concerné. En raison de cette spécificité, dès que la décision de réaliser le projet est prise par ses promoteurs, la première étape préalable est généralement celle de l'analyse de l'économie et de la robustesse financière du projet (A). Cette étape est

B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 139.

¹⁵⁴⁷ International Finance Corporation (IFC), *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, Washington D.C., 1999, p. 8.

¹⁵⁴⁸ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 95.

presque toujours invariablement accompagnée par une analyse technique ou technologique du projet (B).

A- L'analyse économique et financière du projet

L'analyse de l'économie globale du projet passe en principe par l'établissement d'un modèle financier (2), lequel s'appuie, en règle générale, exclusivement sur le modèle économique du projet en cause (1).

1- Le modèle économique du projet

529. Les études de faisabilité économiques permettent d'obtenir de manière générale des données économiques relatives à une description des investissements projetés et leurs coûts, ainsi qu'une estimation du retour sur investissements attendu par les promoteurs du projet¹⁵⁴⁹. Les fondements de telles projections économiques sont alors explicitées et les facteurs potentiels d'augmentation des coûts explorés, de même que l'établissement d'un budget prévisionnel de construction et de fonctionnement du projet¹⁵⁵⁰. L'établissement de telles données passe par la réalisation du modèle économique du projet en cause¹⁵⁵¹, ce qui implique la connaissance des données macroéconomiques du pays hôte du projet ainsi que celle des données microéconomiques que constituent les investissements et les coûts et recettes d'exploitation¹⁵⁵². Pour certains auteurs en effet, réaliser de manière appropriée et précise la faisabilité économique du projet suppose que l'on divise l'étude de faisabilité économique en deux grandes parties séquentielles soit tout d'abord au niveau du pays globalement et ensuite au niveau du projet¹⁵⁵³.

530. Au-delà de l'analyse économique proprement dite, la connaissance des données macroéconomiques constitue le minimum d'informations indispensables lorsqu'il est question de financer un projet dans un pays car, il est impératif de connaître l'environnement économique dans lequel le projet doit être entrepris ainsi que l'impact de la réalisation du projet sur l'économie locale¹⁵⁵⁴. L'analyse macroéconomique prendra alors en compte un certain nombre d'éléments – indispensables à l'établissement d'un modèle économique – comprenant notamment les indices de révisions (« escalation indexes »)¹⁵⁵⁵, les taux de change¹⁵⁵⁶, les taux d'intérêt réel et nominal¹⁵⁵⁷ ainsi que le système fiscal¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁴⁹ Ibid. p. 96.

¹⁵⁵⁰ Ibid.

¹⁵⁵¹ Un tel modèle économique n'est nullement une fin en soi, mais un outil de décision.

¹⁵⁵² Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁵³ A. F. M. Salman, M. J. Skibniewski and I. Basha, "BOT viability model for large-scale infrastructure projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, Jan. 2007, p. 51. Ces auteurs précisent que les études au niveau du pays doivent être menées en premier et puis, seulement après, les évaluations de faisabilité du projet lui-même.

¹⁵⁵⁴ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 98-99 ; *adde* : I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 28 où les auteurs indiquent que lorsque les données macroéconomiques ne sont pas disponibles ou fiables dans un pays, il faut alors avoir une connaissance approfondie de la politique économique dudit pays.

¹⁵⁵⁵ Dans le cadre d'un modèle économique, ces indices ont pour objectif principal de permettre la révision des montants généralement exprimés en devises constantes (euros 2011 par exemple) dans les différents contrats de mise en œuvre du projet : contrats de construction, de vente matériels ou de fourniture de services...

¹⁵⁵⁶ Ceux-ci se révèlent indispensables quand les investissements ou les flux financiers liés à l'exploitation du projet font intervenir plusieurs devises : le modèle doit alors en principe exprimer tous les montants dans la

- 531.** Une fois les données macroéconomiques estimées, l'analyse économique se poursuit par l'établissement d'un tableau d'investissements. La disponibilité et l'exactitude des données que ce tableau reprend conditionnent ensuite la modélisation comptable, financière et fiscale du projet¹⁵⁵⁹. Un tel tableau doit en principe, d'une part, reposer sur la synthèse de tous les contrats ainsi que sur les détails chiffrés de tous les coûts et, d'autre part, comporter au minimum la répartition des dépenses postes par postes, l'échéancier de dépenses pour chacun des postes ainsi que la ou les devises de dépense pour chacun des postes¹⁵⁶⁰. De même, l'étude des recettes et coûts d'exploitation s'exprime sous la forme d'un tableau. Ce dernier reprend, à tout le moins, tant pour les recettes que pour les coûts : la répartition poste par poste, la décomposition en partie fixe et proportionnelle pour chacun des postes ainsi que la ou les devises pour chacun des postes¹⁵⁶¹.
- 532.** Lorsque les investissements ainsi que les recettes et les coûts d'exploitation sont parfaitement évalués, le modèle économique est achevé. Les intervenants au projet doivent dès lors en faire la synthèse, c'est-à-dire analyser les résultats du modèle économique en vue de décider s'il convient, d'un point de vue exclusivement économique, de poursuivre l'analyse du projet¹⁵⁶². Pour MM. Bénichou et Corchia en effet, « *Un projet économiquement non rentable ne le deviendra pas, quel que soit son mode de financement (sauf cas très exceptionnel)* », même si par ailleurs un projet économiquement rentable est une condition nécessaire et non suffisante à la mise en place d'un financement¹⁵⁶³. A cette étape de la modélisation, l'on suggère, même si la structure financière n'est pas encore connue, d'indiquer les différentes (sources) alternatives de financement, soit la disponibilité des financements ou encore le soutien des institutions économiques et financières bilatérales et multilatérales¹⁵⁶⁴.
- 533.** Le choix des sources de financement est quant à lui commandé par de nombreux critères tels par exemple leur coût, les garanties qu'elles exigent, leur souplesse d'utilisation, les conditions du marché financier¹⁵⁶⁵. Toutefois, on fait souvent recours à deux sources principales de financement pour la mise en œuvre du projet financing à

même devise, ce qui implique de réaliser des hypothèses de taux de change durant toute la vie du projet avec tous les risques liés aux variations de taux de change qu'une telle projection implique.

¹⁵⁵⁷ Ces taux reflètent le taux de l'argent à un moment donné, pour une durée déterminée et sur une place financière précise (le taux d'intérêt nominal traduit en première approximation la somme du taux d'intérêt réel et de l'inflation anticipée). Un des taux le plus couramment utilisé est le LIBOR (« London InterBank Offered Rate »).

¹⁵⁵⁸ Même si nous avons expressément exclus l'étude des aspects fiscaux des BOT, il convient tout de même de souligner l'importance de la connaissance du système fiscal du pays hôte du projet tant celui-ci peut exercer une influence déterminante sur le montage ou le fonctionnement du projet.

¹⁵⁵⁹ Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 30.

¹⁵⁶⁰ Ibid. p. 30-31.

¹⁵⁶¹ Pour un exposé détaillé de l'étude des recettes et coûts d'exploitation, Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 32-33.

¹⁵⁶² Ibid. p. 33.

¹⁵⁶³ Ibid. Ces auteurs précisent qu'à ce stade de la modélisation, trois notions principales permettent d'évaluer un projet d'investissement à savoir : le temps de retour sur investissement (« Payback ») – dont la pertinence dépend d'une connaissance approfondie du secteur d'activité lié au projet et qui, bien qu'approximatif, permet de juger de la viabilité économique dudit projet –, le taux de rendement interne (« Internal rate of return – IRR ») ainsi que le ratio de couverture de l'investissement (« Investment cover ratio – ICR ») qui paraît être la méthode la plus fiable et consiste à comparer les cash flows générés par le projet avec le total des investissements.

¹⁵⁶⁴ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 97.

¹⁵⁶⁵ Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 35.

savoir : les fonds propres (« equity ») et assimilés (quasi-fonds propres ou « quasi-equity ») ainsi que les dettes. Les sources et structures de financement feront l'objet d'analyses détaillées dans la deuxième partie de cette étude. Toutefois, l'ordre des paiements en termes de rémunérations des sources de financement doit être reflété par le modèle financier. En effet, les sources de financement influencent de manière significative le modèle financier dont l'établissement suit celui du modèle économique.

2- Le modèle financier du projet

534. Après l'analyse de l'économie intrinsèque du projet, il s'agit à cette étape d'inclure dans le modèle les charges financières qui découlent directement des options et du dimensionnement des sources de financement ainsi que des produits financiers¹⁵⁶⁶. Le modèle financier reprend de manière générale : le coût de la dette et des quasi-fonds propres, les amortissements et la détermination de l'impôt ainsi que la modélisation des dividendes¹⁵⁶⁷.

535. L'établissement du modèle financier que l'on intègre au modèle économique sus-décrit aboutit au modèle économique global du projet. Un tel modèle présente et comporte en définitive : un tableau d'hypothèses et de données, un tableau d'investissements, un tableau des coûts et de recettes d'exploitation, un tableau d'emploi et de ressources, un tableau de service des dettes et des quasi-fonds propres, des comptes de trésorerie sur la durée de vie du projet, un tableau d'amortissements et de calcul de l'impôt, des comptes de résultats sur la durée de vie du projet, des bilans sur la durée de vie du projet ainsi que des tableaux de synthèse reprenant les ratios d'analyse pertinents pour le projet en cause¹⁵⁶⁸. La construction d'un modèle économique (global) constitue par conséquent un préalable indispensable à tout *project financing*. Un tel modèle permet, aux prêteurs et aux sponsors notamment, d'acquérir une connaissance approfondie du projet.

536. Toutefois, la modélisation d'un projet, même parfaite, ne reflète nullement le déroulement exact de celui-ci pendant tout son cycle de vie: il ne s'agit en fin de compte que d'un modèle, c'est-à-dire d'un instrument d'analyse dont les résultats doivent être interprétés en tenant compte des incertitudes liées aux extrapolations des données macro et microéconomiques sur une longue période¹⁵⁶⁹. La modélisation permet néanmoins l'étude du financement et notamment le dimensionnement des différentes dettes, l'étude des sensibilités (analyses des scénarii techniques et économiques envisageables), le contrôle et la prévision du déroulement du projet ainsi que l'analyse juridique (d'où découle notamment comme nous le verrons l'élaboration de la « Term Sheet »). La modélisation est presque toujours accompagnée d'études et d'évaluations techniques visant à renforcer la robustesse du projet.

¹⁵⁶⁶ Ibid. p. 39 avec la précision selon laquelle l'introduction de la fiscalité est conditionnée par la détermination des produits et des charges financières, étant entendu qu'inversement le choix des sources de financement est parfois lié aux avantages fiscaux qu'elles induisent.

¹⁵⁶⁷ Pour une étude détaillée et illustrée de l'ensemble de ces paramètres, Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 40-47.

¹⁵⁶⁸ Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 47-68 pour un examen détaillé et illustré de ces différents éléments de l'analyse économique global du project financing.

¹⁵⁶⁹ Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 69.

B- L'analyse technique (et technologique) du projet

537. Les études et évaluations préalables de faisabilité technique ont pour objet de fournir une description des caractéristiques techniques du projet ainsi qu'une présentation des technologies et procédés qui seront utilisés pour la réalisation de celui-ci¹⁵⁷⁰. Ainsi, lorsqu'une technologie nouvelle est proposée et doit être mise en œuvre dans le projet, tout risque technologique potentiel doit être identifié et expliqué et toutes les informations relatives aux essais ou concernant d'autres projets ayant fait usage de cette même technologie doivent être présentées¹⁵⁷¹. De même tous les autres aspects techniques du projet doivent être identifiés et analysés. Cette analyse concernera notamment les sources d'approvisionnement en énergie, en matériaux divers, en eau ; les voies de communication (routes, voies ferrées, ports et terminaux portuaires) ; les matières premières nécessaires au projet ; la main d'œuvre locale, les sous-traitants, les constructeurs et opérateurs du projet ; les pièces de rechange ainsi que la collecte, le traitement et l'évacuation des déchets divers.

538. Par ailleurs, font généralement partie des études techniques un certain nombre de paramètres non exclusivement techniques. Tel est le cas de la présentation anticipée des performances et test de performances prévus pour le projet, des spécifications techniques contenues dans les standards ou codes applicables à de tels projets ainsi que les lois et règlements de l'Etat hôte qui s'appliquent au projet¹⁵⁷². Les lois et règlements de l'Etat d'accueil du projet font par ailleurs partie intégrante des études et évaluations préalables de nature juridique, environnementale et sociale.

II- L'analyse juridique, environnementale et sociale circonstanciée du projet

539. Comme nous l'avons déjà esquissé, le *project financing* implique notamment un grand nombre de contrats qui constituent les supports essentiels du projet. S'appuyant sur les analyses techniques, économiques et financières pré-décrites, l'analyse juridique (A) fixe les contours de l'opération à financer et impose à chacun des intervenants au projet les engagements qui lui incombent. D'un autre côté, en raison des externalités inhérentes à tout projet, aucun projet ne saurait de nos jours échapper aux diverses exigences environnementales et sociales, que celles-ci soient locales ou internationales, d'où la nécessité de compléter l'analyse juridique par des études environnementales et sociales (B).

A- L'analyse juridique

540. L'analyse juridique semble être l'étape la plus complexe et la plus difficile à réaliser dans un *project financing*. Cette complexité et cette difficulté s'expliquent par la nature même de l'opération à savoir : un montage faisant recours à des techniques, des outils et à des mécanismes juridiques multiples et interdépendants dont la réalisation s'inscrit dans le temps et le long terme¹⁵⁷³. Ce procédé implique en effet un recours à des techniques et à

¹⁵⁷⁰ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 96 où l'auteur précise que les équipementiers ou les fabricants de tels équipements sont généralement présentés.

¹⁵⁷¹ Ibid.

¹⁵⁷² Ibid.

¹⁵⁷³ Cf. Ch. Zagoh, *La maîtrise des risques dans les financements de projets*, Thèse de doctorat Paris V, Diffusion ANRT, p. 221.

des mécanismes contractuels multiples, ce qui a fait dire que dans le *project financing* le contrat est roi¹⁵⁷⁴.

- 541.** L'analyse de la faisabilité juridique a pour but de présenter et d'expliquer tout accord conclu avec le pays hôte, l'ensemble des contrats qui seront utilisés dans la mise en œuvre du projet ainsi que la structure préliminaire du financement à mettre en place¹⁵⁷⁵. Il s'agira entre autres de contrats conclus entre les promoteurs du projet (contrat de développement du projet, pacte d'actionnaires, contrat de joint-venture) ; de contrats de gestion du projet ; de contrats de construction ; de contrats d'exploitation et de maintenance de l'installation ainsi que tous autres contrats concourant au projet. Une des principales tâches des juristes dans un *project financing* consiste alors à effectuer une « due diligence » de l'ensemble de ces contrats et à en faire rapport aux parties, notamment aux prêteurs¹⁵⁷⁶.
- 542.** En rapport avec l'analyse juridique, un auteur a identifié cinq thèmes transversaux à tout *project financing* à savoir : la « bancabilité » du projet (« bankability »), la répartition optimale des risques (« matching »), les clauses de force majeure, les obligations contractuelles (notamment de résultat) des parties (« absolute obligation »), la loi applicable à l'opération (« governing law »), la résolution des différends (« dispute resolution ») ainsi que la transférabilité des contrats ou des droits contractuels (« assignability »)¹⁵⁷⁷. Ces thèmes constituent les piliers de la « Term Sheet » (termes et conditions du crédit), document préalable sur la base duquel les négociations sont menées entre les prêteurs et l'emprunteur. La rédaction de cette « Term Sheet » exige une clarté ainsi qu'une structure exemplaires afin d'éviter tout malentendu lors de la négociation et de la rédaction de la convention de crédit (ou « credit agreement »)¹⁵⁷⁸.
- 543.** En dehors de la description de l'environnement contractuel et financier du projet, l'analyse juridique doit également contenir un ensemble d'informations sur le déroulement des négociations entre parties. Ainsi par exemple, de l'échéancier de négociations des contrats, des détails sur les négociations en cours ainsi que les points essentiels sur lesquels un accord n'a pas encore été conclu y compris les détails sur les négociations portant sur ces points¹⁵⁷⁹. De même, les délais de développement et de construction, le moment de démarrage de l'exploitation ainsi que toutes les phases importantes du projet doivent également être présentés. Tel sera également le cas en ce qui concerne les débouchés pour les produits ou services émanant de l'installation et, le cas échéant, les études de marché y relatives.
- 544.** En définitive, l'environnement juridique du projet doit faire l'objet d'une analyse particulièrement fouillée de sorte à éviter ou à réduire tout risque juridique et à contenir les externalités, notamment négatives, du projet. Pour cette dernière raison, l'analyse

¹⁵⁷⁴ “In project finance, contract is king”: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 12.

¹⁵⁷⁵ Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 96.

¹⁵⁷⁶ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 12.

¹⁵⁷⁷ Pour une étude détaillée de ces thèmes Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 12-16.

¹⁵⁷⁸ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 70.

¹⁵⁷⁹ En ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 96.

juridique est dorénavant complétée par des études sociales et environnementales. Dans la réalité, au vu de leur importance de plus en plus significative, les études environnementales et sociales constituent de nos jours une étape incontournable de tout *project financing*.

B- Les études environnementales et sociales

545. Les études environnementales, et plus précisément les études d'impact environnemental, constituent de nos jours une exigence incontournable dans tout *project financing*. Le droit de l'environnement pourrait ainsi influencer significativement tant le montage que l'exploitation des projets réalisés en *project financing*¹⁵⁸⁰. Le droit de l'environnement a en effet un spectre très large allant au-delà de la réalisation de projets spécifiques et s'applique notamment aux produits du projet, à ses dérivés ou à ses déchets¹⁵⁸¹.

546. Les préoccupations environnementales et sociales ont fait l'objet de nombreuses réglementations et normalisations internationales¹⁵⁸² et presque tous les droits nationaux disposent de législations en la matière. Les institutions internationales multilatérales et bilatérales, telles la Banque mondiale¹⁵⁸³ et les banques régionales de développement, considèrent la protection de l'environnement comme une composante nécessaire de leurs activités. En conséquence, de nombreux Etats ainsi que ces institutions – ou sous la pression de ces dernières – exigent que les effets d'un projet sur l'environnement soient évalués et fassent l'objet d'une approbation par les autorités compétentes avant le démarrage de toute construction ou la mise en place d'un prêt¹⁵⁸⁴. Les études de faisabilité environnementales et sociales doivent en définitive être conduites, comme toutes les autres études de faisabilité, au stade initial du projet. Elles permettront l'obtention de permis environnementaux si nécessaires et peuvent éviter au projet l'opposition du public. L'opposition du public est en effet considérée comme un facteur sérieux susceptible d'affecter ou de détruire un projet¹⁵⁸⁵. Une consultation préalable des populations concernées est à même de réduire ou d'éviter au projet le risque social.

547. Par ailleurs, une initiative prise par les principales institutions financières de l'industrie du *project financing* a abouti à la constitution des « Equator Principles ». Les « Equator Principles » sont des principes directeurs développés et adoptés par ces institutions en vue d'identifier, d'évaluer et de gérer les questions environnementales et sociales inhérentes à tout *project financing*¹⁵⁸⁶. Sur la foi de ces principes, les institutions

¹⁵⁸⁰ Cf. en ce sens Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 105; *adde* dans le même sens: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, 3rd ed. 2008, op. cit., p. 105.

¹⁵⁸¹ Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, 3rd ed. 2008, op. cit. p. 105.

¹⁵⁸² V. par exemple: North American Agreement on Environmental Cooperation between the government of the United States of America, the government of Canada, and the government of the United Mexican States, 1993.

¹⁵⁸³ Cf. les standards de l'IFC in *Policies and Procedures: policy on social and environmental sustainability*, consultable sur: <http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/EnvSocStandards>

¹⁵⁸⁴ Dans le même sens Cf. Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, 3rd ed. 2008, op. cit. 105-106.

¹⁵⁸⁵ Ibid. p. 107.

¹⁵⁸⁶ «The Equator Principles (EPs) are a voluntary set of standards for determining, assessing and managing social and environmental risk in project financing. The EPs apply to all new project financings globally with total project capital costs of US\$ 10 million or more, and across all industry sectors. The Equator Principles were launched in Washington D.C. on June 4th, 2003 and are based on the International Finance Corporation – affiliate of the World Bank – performance standards on social and environmental sustainability, and on the

financières qui y ont adhéré¹⁵⁸⁷ s'interdisent de prêter le moindre concours financier aux opérations qui ne respectent pas ou sont susceptibles de ne pas respecter les exigences environnementales et sociales locales et internationales pertinentes¹⁵⁸⁸.

548. En définitive, loin de constituer une contrainte supplémentaire¹⁵⁸⁹ que les intervenants à un projet tenteraient à tout prix de contourner, les exigences de respect de l'environnement ainsi que la prise en compte des externalités inhérentes à tout projet doivent désormais être considérées comme faisant partie intégrante des paramètres du *project financing*. Les études environnementales et sociales occupent donc la même place que les études économiques et financières ou juridiques. Toutes concourent à offrir, notamment au partenaire public, une occasion de comparaison (*benchmarking*) des procédés et sources de financement.

Sous-section 2 : Le *project financing* : occasion de comparaison (« benchmarking »)

549. Le *project financing* n'est qu'un procédé parmi d'autres de financement de projets. Il implique, comme sus-analysé, de nombreuses études et évaluations préalables de faisabilité. Pour cette raison, il offre aux intervenants au projet (partenaire public et promoteurs notamment) la possibilité d'explorer d'autres procédés et/ou sources de financement aux fins de comparaison. Le *project financing* peut ainsi permettre d'opter pour le procédé et/ou les sources de financement les plus appropriés pour le projet en cause (I). Il ne saurait dès lors être considéré comme la panacée dans la mesure où, pour chaque projet, il s'impose d'établir une balance entre les avantages et les inconvénients ou limites de ce procédé lui-même (II).

I- Le *project financing* comme occasion de comparaison des sources et méthodes de financement

*“Since project feasibility study is essential for both government and private promoters to develop the project, both parties should share efforts and costs needed to complete it”*¹⁵⁹⁰. Le *project financing* n'apparaît ainsi que comme un procédé de financement dans une gamme de sources et procédés de financement possibles et disponibles dont certains

World Bank Group's Environmental, Health and Safety general guidelines. They are intended to serve as a common baseline and framework for the implementation by each adopting institution of its own internal social and environmental policies, procedures and standards related to its project financing activities”: Cf. www.equator-principles.com (consulté le 18 mai 2010).

¹⁵⁸⁷ Au 18 mai 2010, 67 institutions financières avaient adhéré aux “Equator principles”. La liste de ces institutions est consultable sur le site : www.equator-principles.com

¹⁵⁸⁸ Pour des commentaires sur ces principes, Cf. Cappon N., “Equator Principles. Promoting greater responsibility in project financing” in Exportwise, Spring 2008, p. 24-25; Ubillus M. J. and Wong M. “Building Partnerships with indigenous people – Developing successful mining arrangements with indigenous people isn't all about technical astuteness – it's about relationships, reconciliation and the balancing of interests” in Engineering & Mining Journal (E&MJ), May 2008, p.52-55.

¹⁵⁸⁹ *Contra*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 105 où l'auteur relève que le droit de l'environnement pourrait notamment faire croître de manière substantielle les coûts des projets, causer du retard dans la mise en œuvre de ceux-ci, augmenter les coûts des assurances (si jamais elles existent), imposer aux prêteurs des responsabilités dans les hypothèses où ceux-ci réaliseraient les sûretés du projet et donner lieu à de nombreux abandons de projets ou d'importants frais de remise en état des sites.

¹⁵⁹⁰ A. F. M. Salman, M. J. Skibniewski and I. Basha, “BOT viability model for large-scale infrastructure projects”, in Journal of Construction Engineering and Management, Jan. 2007, p. 60.

sont classiques (A) et d'autres plus innovants (B) et dont seule une étude de faisabilité bien menée peut en révéler la pertinence.

A- Les sources et procédés de financement classiques

550. Le partenaire public a à sa disposition, un certain nombre de sources et procédés de financement qui, traditionnellement, permettent la réalisation de projets. La première source de financement du partenaire public est ainsi constituée par ses ressources budgétaires¹⁵⁹¹. A côté de ces dernières, on trouve les prêts et autres garanties nationaux ou internationaux ainsi que les emprunts sur les marchés financiers¹⁵⁹². Certains Etats bénéficient en outre d'« aides » unilatérales provenant soit d'un autre Etat étranger, soit d'une association d'Etats ou d'une ou plusieurs organisations ou institutions financières internationales¹⁵⁹³. Grâce à ces sources de financement somme toute classiques, le partenaire public peut toujours opter pour un procédé de financement tout aussi classique à savoir le marché public. Il est sans aucun doute des hypothèses dans lesquelles une telle option peut être la moins onéreuse et surtout la plus efficace pour réaliser un projet.

551. Du côté des promoteurs du projet, deux procédés de financement sont traditionnellement mis en œuvre. D'une part, le financement sur bilan (« balance sheet finance ») dans lequel les prêteurs prennent essentiellement en compte les bilans, et de manière générale les résultats financiers, du promoteur¹⁵⁹⁴. D'autre part, le financement sur garantie (« asset-based finance ») dans lequel les prêteurs prennent en compte la valeur des actifs financés¹⁵⁹⁵.

552. Toutefois, pour les nombreuses raisons que nous déjà avons mentionnées (par exemple l'ampleur du projet ou la limitation des capacités d'endettement), tant les sources que les procédés classiques de financement et de réalisation de projets s'avèrent insuffisants ou inadaptés pour certains projets. Il peut alors s'avérer indispensable de recourir à des sources et procédés innovants.

¹⁵⁹¹ Ces ressources budgétaires émanent principalement de la fiscalité ainsi que de la vente de toutes autres prestations accomplies par ou pour le compte de l'Etat.

¹⁵⁹² La question de l'endettement public constitue sans doute l'un des domaines de l'économie publique qui suscite de nos jours de vives discussions et prises de position de la part des économistes et des politiciens. Sur l'analyse des questions significatives que pose l'endettement public, Cf. L. Weber, *L'Etat acteur économique*, op. cit., p. 271-280. Quant à la question du recours aux prêts et garanties nationaux et internationaux, Cf. A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et l'Outre-mer*, tome II, op. cit., p. 150, singulièrement les références bibliographiques détaillées sur les auteurs belges, français, anglais et américains qui traitent dans de nombreux traités de la question ; *adde* : A. Reygrobellet « Les techniques de paiements et de crédits internationaux », in *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 259-276.

¹⁵⁹³ Sur le système des aides et ses méfaits sur le développement des pays d'Afrique sub-saharienne, Cf.: D. Moyo, *Dead Aid*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009 op. cit.

¹⁵⁹⁴ Pour Scott L. Hoffman en effet: "(...) the lending decision is based on the overall corporate balance sheet, as opposed to a specific stand alone project. (...) The entire company is thus the focus of the credit decision, including the effect of the new project on the company's continued viability": Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, op. cit., p. 10; *adde*: IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 5: "Traditional finance is corporate finance, where the primary source of repayment for investors and creditors is the sponsoring company, backed by its entire balance sheet, not the project alone".

¹⁵⁹⁵ Ibid. p. 11: "An asset-based financing is founded on the value of the assets financed".

B- Les sources et procédés innovants de financement

553. En dehors des sources et procédés classiques de financement précités, les institutions financières (nationales¹⁵⁹⁶ ou internationales¹⁵⁹⁷) et autres organismes financiers¹⁵⁹⁸ interviennent sous des formes relativement nouvelles dont principalement le *project financing*, les participations et les cofinancements. Il y a « participation à un prêt » lorsque des participations à un prêt consenti par une institution financière multilatérale sont vendues à des banques commerciales¹⁵⁹⁹. Le cofinancement, au sens large, désigne quant à lui toute action entraînant l'intervention simultanée de financements extérieurs au pays où se réalise le projet : c'est l'association de plusieurs bailleurs de fonds dans la même opération en vue de financer un projet¹⁶⁰⁰. On note de nos jours un accroissement de cofinancement avec des fonds islamiques¹⁶⁰¹.

554. Les trois procédés innovants précités sont parfois mis en œuvre simultanément¹⁶⁰². Ce phénomène s'explique par le fait que la plupart des sources et procédés de financement classiques ne peuvent pas toujours faire face aux besoins croissants en capitaux pour les projets d'envergure (notamment en matière d'infrastructures). De ce fait, le rôle du *project financing* semble de plus en croissant¹⁶⁰³. Toutefois, ce procédé n'est pas une panacée et présente aussi bien des avantages que des inconvénients.

¹⁵⁹⁶ Principalement les banques et autres institutions financières nationales publiques ou privées.

¹⁵⁹⁷ Institutions financières internationales multilatérales ou régionales (Banque mondiale, Société financière internationale (SFI), Banque européenne d'investissement (BEI), Banque interaméricaine de développement (BID), Banque africaine de développement (BAD)...). Pour un examen approfondi de la question V. : D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2005, p. 543 et s., A. Pellet, « Le financement dans le cadre du Fonds monétaire international », in *Droit de l'économie internationale*, Pedone, 2004, op. cit., p.225-233 ; L. Boisson De Chazournes, « Le financement dans le cadre du groupe de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement », in *Droit de l'économie internationale*, op. cit., p.235-241 ; M. Ubéda « La Banque européenne pour la reconstruction et le développement », in *Droit de l'économie internationale*, op. cit., p.243-249 ; N. Tabiou, « Les Banques et Fonds internationaux de développement » in *Droit de l'économie internationale*, op. cit., p.251-255 ; J.-J. Rey et J. Dutry, *Institutions économiques internationales*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., 2001, p. 130 et s.

¹⁵⁹⁸ Ainsi par exemple de sociétés de financement, de fonds d'investissement, de compagnies d'assurance, de sociétés d'investissements collectifs (par exemple un fonds commun de placement), de caisse de retraite, des « investisseurs institutionnels » et autres « venturing capitalists ». Pour plus de détails sur ce dernier procédé, Cf. F.-D. Poitral, *Le capital-investissement – Guide juridique et fiscal*, 2^{ème} éd., Paris, Galexia Editions, 2001.

¹⁵⁹⁹ J. Touscoz, « Coopération industrielle et cofinancements internationaux (Considérations théoriques et méthodologiques) », in RDAI, 1986, n° 7, p. 656 préc. note 15 ; *adde* : S. E. Rauner, "Project finance : a risk spreading approach to the commercial financing of economic development", in Harvard International Law Journal, vol. 24, summer 1983, p. 165 : "In a *complementary financing*, rather than two separate loans, one large loan is made by a development bank which then partially sells it on a non-recourse basis to a commercial bank syndicate".

¹⁶⁰⁰ Sur la question, Cf. A. Mallard, *Le cofinancement Banque Mondiale – Banques commerciales*, Paris, PUF, 1988 ; J. Touscoz, « Coopération industrielle et cofinancements internationaux », op. cit., p. 649 et s. Pour A. Mallard cependant, le terme « cofinancement » tel qu'utilisé par la Banque mondiale se réfère à tout arrangement permettant à cette institution d'associer ses capitaux à d'autres sources extérieures au pays emprunteur, afin de financer un projet précis : A. Mallard, *Le cofinancement Banque Mondiale – Banques commerciales*, op. cit., p. 9 ; *adde* : S. E. Rauner, "Project finance : a risk spreading approach to the commercial financing of economic development" op. cit., p. 165 : "In a *co-financing*, a syndicate of private banks closely associates its loan to a project with a loan to the same project by a multilateral development bank".

¹⁶⁰¹ Pour une étude approfondie du cofinancement de projets avec des fonds islamiques, Cf. H. Martin-Sisteron, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet – Perspectives pour le droit français*, Thèse de doctorat en droit privé, op. cit.

¹⁶⁰² A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et l'Outre-mer*, tome II op. cit., p. 280.

¹⁶⁰³ Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé, New York, Nations Unies, 2001, p. 41.

II- Avantages et inconvénients du *project financing*

555. « There is no free lunch » ou, diront certains, « Toute médaille a son revers ». Ces dictons s'appliquent de manière remarquable au *project financing*. Celui-ci en effet, bien qu'ayant des atouts (A) n'en présente pas moins des inconvénients et des limites (B).

A- Atouts du *project financing*

556. Dans les meilleures conditions, le *project financing* présente deux atouts principaux par rapport aux modes classiques de financement de projets à savoir : d'une part, l'augmentation des ressources financières disponibles et, d'autre part, la réduction, jusqu'à un niveau acceptable par tous, de l'ensemble des risques du projet pour les principaux intervenants¹⁶⁰⁴. Pour les promoteurs du projet par exemple, ce procédé permet de bénéficier d'un effet de levier (« leverage ») c'est-à-dire de financer un projet important grâce à un montant de fonds propres relativement faible tout en développant leurs autres activités¹⁶⁰⁵.

557. De plus, par la répartition optimale des risques du projet qu'il entraîne, le *project financing* permet également de réduire autant que possible les conséquences financières de la survenance d'un risque¹⁶⁰⁶. Pour les prêteurs, cette technique permet le financement d'un projet spécifique et concret dont ils peuvent en outre suivre la mise en œuvre et l'évolution¹⁶⁰⁷. Il se distingue ainsi des prêts classiques – destinés par exemple à financer des programmes de développement d'un Etat – dont l'utilisation en fin de compte est sujette à la discrétion de l'Etat bénéficiaire du prêt.

558. Pour le partenaire public (et/ou ses démembrements), le *project financing* offre notamment deux avantages : d'une part, il permet de ne pas faire supporter l'ensemble du coût du projet par les ressources publiques c'est-à-dire *in fine* par le contribuable et, d'autre part, il permet l'association des compétences des partenaires privés à la réalisation efficace

¹⁶⁰⁴ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 7. M. Hoffmann a quant à lui dénombré douze avantages au *project financing* à savoir: (i) elimination of, or limitation on, the recourse nature of the financing of a project; (ii) off-balanced sheet treatment of debt financing; (iii) leverage of debt to avoid dilution of existing equity; (iv) avoidance of restrictive covenants in other debt or equity arrangements that would otherwise preclude project development; (v) arrangement of attractive debt financing and credit enhancement, available to the project itself, but which is unavailable to the project sponsor as a direct loan; (vi) internal capital commitment policies; (vii) diversification of the project sponsor's investments to eliminate political risk; (viii) risk sharing; (ix) limiting the collateral to the project assets; (x) more incentive for the lender to cooperate in a workout of a troubled loan; (xi) allows for matching specific assets with specific liabilities; and (xii) expanded credit opportunities: Pour une présentation détaillée de tous ces avantages Cf.: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, op. cit., p. 12-18.

¹⁶⁰⁵ Ibid. ; *adde* : I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 159. Ces derniers auteurs affirment que le fait que l'effet de levier soit en général important dans les opérations de *project financing* résulte essentiellement de la bonne valorisation des contrats et des engagements que les promoteurs peuvent apporter, au-delà du simple apport des fonds propres. Ainsi, afin de limiter leur apport en fonds propres, les promoteurs optent souvent pour un apport de garanties post-achèvement, ce qui permettrait de convertir un engagement certain (apport initial en fonds propres) en un engagement potentiel (appel en garantie) et par conséquent de réduire le ratio initial Fonds propres/ Coût total du projet.

¹⁶⁰⁶ Pour le promoteur par exemple, l'IFC souligne que: "(...) a compelling reason to consider using project finance is that the risks of the new project will remain separate from its existing business. Then if the project, large or small, were to fail, this would not jeopardize the financial integrity of the corporate sponsor's core businesses": IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 7; *adde* dans le même sens: I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 161.

¹⁶⁰⁷ Cf. en ce sens S. E. Rauner, "Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development", op. cit., p. 150-151.

d'objectifs d'intérêt collectif¹⁶⁰⁸. De plus, même si l'Etat transfère la charge du projet au partenaire privé, il demeure gardien et garant de l'intérêt général qui a justifié le projet¹⁶⁰⁹. Toutefois, tous ces avantages qu'offre le *project financing* s'avèrent relatifs et sont fonction notamment des particularités ainsi que de la localisation de chaque projet en cause. Le *project financing* connaît par conséquent des limites et présente dès lors également des inconvénients.

B- Limites et inconvénients du *project financing*

559. L'examen du *project financing* a jusqu'ici révélé que de nombreuses et rigoureuses exigences conditionnent son succès. Sa mise en œuvre peut s'avérer parfois très complexe et requiert généralement du temps et de l'argent. En effet, en tant que technique de financement « sur mesure », ce procédé coûte cher et est plus long à fabriquer¹⁶¹⁰. Le *project financing* génère par conséquent d'importants coûts de transaction¹⁶¹¹. Ces coûts s'expliquent en grande partie par le rôle crucial du traitement optimal des risques du projet qu'il faut dès lors identifier et analyser avec la plus grande précision. En effet, un long travail d'identification, d'analyse et de répartition des risques s'impose tandis qu'assumer¹⁶¹² ou couvrir¹⁶¹³ un risque peut aussi s'avérer très coûteux. De plus, les prêteurs requièrent souvent, comme une des conditions à leur concours financier, d'être non seulement impliqués dans toutes les phases du projet mais également d'être informés sur une base constante sur l'évolution de celui-ci, ce qui peut être également facteurs de coûts et de contraintes de diverses¹⁶¹⁴.

560. Certains auteurs ont également estimé que le *project financing* serait susceptible d'encourager les promoteurs du projet à une prise de risque disproportionnée – et partant inacceptable – en raison de l'absence de recours ou du recours limité qu'il implique¹⁶¹⁵. Tel serait le cas notamment pour les projets d'infrastructures jadis développés par les personnes publiques¹⁶¹⁶. Par ailleurs, le *project financing* requiert simultanément stabilité et évolution

¹⁶⁰⁸ En ce sens Cf. A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., p. 4-5. Pour ces auteurs, la souplesse de gestion et le dynamisme qui caractérisent le secteur privé ainsi que le savoir-faire que possède celui-ci dans certains cas sont autant d'atouts qu'offre le *project financing*.

¹⁶⁰⁹ Ibid. p. 6 ainsi que la référence à Graham Vinter (*Project Finance*, Sweet & Maxwell, 2^e éd., 1998) citée par les auteurs.

¹⁶¹⁰ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 162 ; adde : IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 8 : “Financial and legal advisers and other experts may have to spend considerable time and effort on this structuring and on a detailed appraisal of the project. These steps will add to the cost of setting up the project and may delay its implementation”.

¹⁶¹¹ Pour une analyse du *project financing* comme générateur de coûts de transaction Cf.: Esty Benjamin C., “Petrozuata : a case study of the effective use of project finance”, in *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 12, n° 3, Fall 1999, p. 26 et s. Pour cet auteur en effet (p. 29 où l'auteur souligne certaines expressions), “Project finance increases transactions costs. (...) Negotiating the deal structure, including the financial, construction and operational contracts, is extremely time-consuming and expensive. It is in fact, the biggest disadvantage of using project finance”.

¹⁶¹² Pour M. Scott L. Hoffman en effet, “(...) the degree of risk for the lender in a project financing is not insignificant. (...) This high risk scenario results in higher fees charged by lenders than are charged in other types of transactions, and results in a expensive process of due diligence conducted by the lender's lawyer, the independent engineer, and other consultants”: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, op. cit., p. 18-19.

¹⁶¹³ “The nonrecourse nature of project finance results in a risk adverse environment for the lenders and equity investors. (...) The insurance program may be very expensive in comparison to insurance programs required in other financing structures. In transnational projects, political risk insurance may also be required”: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, op. cit., p. 20.

¹⁶¹⁴ Ibid. p. 19.

¹⁶¹⁵ Jonathan R. Macey, “The limited liability company: Lessons for corporate law”, 73 Wash. U.L.Q. 433, 488 (1995) cité par Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, op. cit., p. 20.

¹⁶¹⁶ Ibid.

sur le long terme, chose qui peut s'avérer très délicate à réaliser car précise-t-on, "(...) *The sharing of risks and benefits brings unrelated parties into a close and long relationship. A sponsor must consider the implications of its actions on the other parties associated with the project (and must treat them fairly) if the relationship is to remain harmonious over the long term*"¹⁶¹⁷. La difficulté est par conséquent celle d'un "fair treatment", c'est-à-dire d'un traitement équitable de l'ensemble des intervenants et ce, sur toute la durée du projet (nous analyserons dans la deuxième partie *infra* comment les intervenants, par le biais de la coopération, peuvent parvenir à des relations harmonieuses durant la vie du projet).

561. En définitive, le *project financing* présente aussi bien des avantages que des limites et des inconvénients dont le plus important semble les coûts de transaction considérables qu'il génère. Néanmoins, correctement mise en œuvre, cette technique est susceptible d'apporter une efficacité et une rentabilité telles que les coûts de transactions précités soient largement compensés. En effet, le *project financing* est fondé sur une combinaison incitation-surveillance, ce binôme pouvant en renforcer l'efficacité.

SECTION IV : LE PROJECT FINANCING : UNE COMBINAISON INCITATION-SURVEILLANCE

562. Appliqué aux projets publics, le *project financing* tend à assurer que ces projets soient techniquement viables, économiquement et financièrement rentables, socialement utiles et conformes aux exigences des partenaires. Pour ce faire, cette technique combine incitations et surveillance, de sorte que la gouvernance du projet est au cœur des préoccupations des intervenants (sous-section 1). Par ailleurs, tout en permettant une gestion efficace des risques, le *project financing* semble apporter des solutions aux difficultés liées aux imperfections du marché (sous-section 2).

Sous-section 1 : La gouvernance du projet est au cœur des préoccupations des parties

563. En raison de la multitude d'intervenants inhérente à tout projet ainsi que de la difficulté de coordination de leurs actions qui peut en résulter, le *project financing* apparaît tout d'abord comme une solution au problème d'agence (I). Il implique par ailleurs un monitoring du projet sur une base constante et tout le long de son existence (II).

I- Le projet financing : solution au problème d'agence (« agency »)

Après avoir présenté la notion d'agence (A) nous examinerons ensuite en quoi le *project financing* constitue une solution à cette difficulté (B) généralement inhérente à l'action collective.

A- La notion d'agence

564. Le travail en équipe ou en groupe peut susciter certaines difficultés, notamment lorsque qu'il s'agit de s'assurer que chaque membre du groupe participe effectivement à la réalisation des objectifs que le groupe s'est assignés. En effet, s'il est possible de se surveiller mutuellement dans un groupe restreint, la surveillance mutuelle par les membres d'un groupe peut s'avérer particulièrement difficile voire même aléatoire lorsque le groupe est composé de nombreuses personnes ou entités dotées, qui plus est, de compétences variées et distinctes¹⁶¹⁸. Un premier problème peut provenir de ce qu'en raison de la difficulté à assurer une surveillance mutuelle au sein du groupe, le lien entre l'effort et la rémunération de ses

¹⁶¹⁷ IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 8.

¹⁶¹⁸ L'association de compétences qu'implique le *project financing* ou le BOT en fait des illustrations patantes.

membres se rompt : chacun sera alors tenté de resquiller (*free ride*) c'est-à-dire de vivre du travail de ses partenaires¹⁶¹⁹. Une autre difficulté peut naître lorsque le groupe doit décider de nouvelles orientations communes. En effet, le groupe fonctionne généralement dans un tel cas de manière consensuelle, chaque membre du groupe disposant *de facto* d'un droit de veto sur les décisions communes, ce qui rend possible l'émergence de bastions (*hold out*)¹⁶²⁰. Dès lors, des décisions même *a priori* avantageuses pour le groupe pourraient demeurer bloquées ou trainer en longueur dans les tractations, les délibérations et les coalitions¹⁶²¹.

565. Une réponse à ces problèmes est de déléguer à une seule personne – un dirigeant en l'occurrence – la tâche de surveiller les autres et de prendre les décisions essentielles sur lesquelles le groupe n'arrive pas à s'entendre¹⁶²². La vie du groupe se trouvera par conséquent modifiée par l'institution d'un dirigeant : un rapport hiérarchique (vertical) avec le dirigeant se substitue aux rapports horizontaux entre personnes en principe égales¹⁶²³. Toutefois, si instituer un dirigeant résout les problèmes de l'action collective, une nouvelle difficulté en découle à savoir celle inhérente à la relation d'agence (« agency »).

566. A la fin du XVIII^{ème} siècle, Adam Smith fustigeait l'apparition des sociétés par actions en affirmant que la séparation entre les propriétaires et les dirigeants auraient eu pour effet de rendre la firme moins efficace¹⁶²⁴. Cette séparation entre propriétaires et dirigeants (managers) n'est cependant qu'une forme particulière de la relation d'agence définie par MM. Jensen et Meckling en 1976 comme un contrat dans lequel une ou plusieurs personnes (principal ou mandant) ont recours aux services d'une ou de plusieurs autres personnes (agents ou mandataires) afin d'accomplir en leur nom une tâche quelconque, ce qui implique une délégation de nature décisionnelle à l'agent¹⁶²⁵. Pour M. Coleman, la caractéristique essentielle de ce type de relations vient du fait qu'une partie (l'agent) agit (généralement envers les tiers) dans le but rencontrer les intérêts d'une autre partie (le principal)¹⁶²⁶. Toutefois, si les deux parties sont considérées comme devant maximiser leurs utilités, une distorsion se produira par l'existence d'intérêts divergents entre le principal et l'agent¹⁶²⁷, ce d'autant plus qu'il se crée, dans de nombreux cas, une situation d'incomplétude

¹⁶¹⁹ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 67.

¹⁶²⁰ Ibid. Ces auteurs indiquent que la position de bastion est un comportement stratégique qui consiste à suspendre son assentiment à la décision collective jusqu'à ce qu'on ait obtenu un avantage particulier, au risque de faire échouer la décision.

¹⁶²¹ Il s'agit d'une situation qui génère des coûts de transaction, lesquels constituent, comme nous l'avons évoqué, un des inconvénients majeurs du *project financing*.

¹⁶²² MM. Alchian et Demsetz considèrent le problème de la surveillance comme la raison d'être de l'entreprise : Armen A. Alchian and H. Demsetz, « Production, information costs, and economic organization » in Randall S. Krosner and L. Putterman (editors), *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, p. 173 et s.

¹⁶²³ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 68.

¹⁶²⁴ Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd. mise à jour, 2005, p. 120.

¹⁶²⁵ “We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal (s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent”: M. Jensen and W. Meckling, “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure” in Randall S. Krosner and L. Putterman (editors), *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 286.

¹⁶²⁶ James S. Coleman, *Foundations of social theory*, Cambridge/London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1990, p. 146-147. Pour cet auteur, il s'avère nécessaire de prendre également en compte les tiers à la relation dans la mesure où, très souvent, le champ des événements et des ressources sur lesquels une autorité est déléguée inclut des événements et ressources liés aux tiers : “ (...) *The necessity for introducing a third party into the system lies in the fact that often the domain of events and resources over which authority is transferred includes events or resources that concern a third party*”.

¹⁶²⁷ M. Jensen and W. Meckling, “Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure” in Randall S. Krosner and L. Putterman (editors), *The economic nature of the firm – A reader*, op. cit., p. 286.

contractuelle renforcée par une asymétrie d'information (un agent possède souvent plus d'informations qu'un principal)¹⁶²⁸. En d'autres termes, le principal doit réaliser ses objectifs en se fiant à d'autres personnes (les agents), qui ont des objectifs en partie différents des siens et dont il ne peut complètement surveiller l'action¹⁶²⁹.

567. Pour pallier ces inconvénients, le principal, d'une part, va mettre en place des procédures de surveillance tendant à prévenir l'existence d'actions conduites par l'agent et qui pourraient lui nuire tandis que, l'agent, d'autre part, cherchera à créer des procédures d'information supplémentaire vis-à-vis du principal et dont le but est d'obtenir la confiance de ce dernier de sorte à se ménager des marges suffisantes de liberté¹⁶³⁰. Toutes ces procédures vont aboutir à créer des « coûts d'agence » (« agency costs »), dits de surveillance (« monitoring costs »), d'obligation (« bonding costs ») ainsi que de perte résiduelle (« residual loss »)¹⁶³¹. De tels coûts naissent dans toutes les situations impliquant un effort coopératif entre deux ou plusieurs personnes, même si l'on ne peut pas clairement délimiter les situations impliquant une relation d'agence¹⁶³². Tel est le cas par exemple entre actionnaires et dirigeants d'une entreprise, entre employeurs et employés dans l'entreprise ou encore la coopérative, l'université, la fonction publique, les administrations publiques et les ministres ou parlementaires qui sont censés les surveiller, travailleurs et délégués syndicaux, etc. Dans ces situations, l'agent peut adopter des comportements – en l'occurrence stratégiques ou opportunistes – qui lui sont personnellement profitables, mais qui sont nuisibles au principal. Ainsi, peut-il travailler moins vigoureusement que convenu, se servir de l'équipement de bureau ou d'informations professionnelles à des fins personnelles ; cacher des erreurs ou encore fournir des informations incomplètes ou biaisées.

568. Une panoplie d'institutions et d'arrangements contractuels a été néanmoins conçue pour contrecarrer ces tendances. Ainsi par exemple, le propriétaire s'engagera à effectuer dans une certaine mesure une surveillance, cette mesure dépendant du coût de la surveillance et du coût des comportements nuisibles qu'une surveillance accrue permet d'éviter. On pourra également faire dépendre la rémunération, en tout ou en partie, du résultat obtenu ou du nombre d'objets produits ou de services fournis¹⁶³³. Les formules connues sont variées et démontrent ainsi qu'aucune d'entre elles ne paraît uniformément la meilleure et que chacune doit être examinée *in concreto*¹⁶³⁴. Le *project financing* semble constituer une de ces formules et il convient à présent d'en examiner le fonctionnement.

¹⁶²⁸ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 69 ; *adde* : Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 120.

¹⁶²⁹ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 68 ainsi que toutes les références citées par ces auteurs en note 4.

¹⁶³⁰ Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 122 ; *adde* : M. Jensen and W. Meckling, "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure" in Randall S. Krosner and L. Putterman (editors), *The economic nature of the firm – A reader*, op. cit., p. 286.

¹⁶³¹ M. Jensen and W. Meckling, "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure" in Krosner Randall S. and Putterman L. (editors), *The economic nature of the firm – A reader*, op. cit., p. 286-287: "We define agency costs as the sum of: (1) the monitoring expenditures by the principal; (2) the bonding expenditures by the agents; (3) the residual loss". Pour ces auteurs, "The dollar equivalent of the reduction in welfare experienced by the principal due to the divergence is also a cost of the agency relationship, and we refer to this latter cost as the "residual loss".

¹⁶³² Ibid. p. 287.

¹⁶³³ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 69.

¹⁶³⁴ Pour une panoplie de formules applicables dans le contexte des contrats financiers, Cf. D. J. Cumming and S.A. Johan, *Venture Capital and Private Equity Contracting – An international perspective*, The Netherlands, Elsevier AP, 2009, p. 27 et s.

B- Le project financing comme solution au problème d'agence

569. Nous venons de voir que le problème d'agence naît de la distorsion qui se produit en raison de l'existence d'intérêts divergents entre le principal et l'agent. Il en résulte des coûts et ce, dans toutes les situations impliquant un effort coopératif entre deux ou plusieurs personnes. Or, le *project financing* fait intervenir une multitude de parties ou d'entités, d'instruments juridiques, économiques et financiers en vue de réaliser et d'exploiter un projet de manière satisfaisante pour tous les intervenants. De plus, nous avons vu qu'il constitue un cadre idéal d'interaction stratégique entre parties, d'autant plus qu'il s'inscrit dans un contexte d'incomplétude contractuelle.

570. Pareilles difficultés se sont posées, comme nous venons de le voir, dans le cadre des entreprises et ont abouti à l'institution du dirigeant. Cette solution a cependant créé une nouvelle difficulté à savoir la relation d'agence – et les coûts que celle-ci entraîne – entre le dirigeant et les « propriétaires » de l'entreprise. Pour résoudre cette dernière difficulté, on a imaginé la création d'une incitation convenable pour le dirigeant, en l'intéressant aux résultats du travail du groupe. Ainsi, si l'opération commune réalise des profits, le dirigeant aura droit au produit du travail et dans le cas contraire, sa fortune personnelle s'en trouve diminuée : il devient ainsi le « créancier résiduel » (« residual claimant ») de l'entreprise¹⁶³⁵. Pour certains auteurs en effet, « (...) *La très grande sophistication que prennent parfois les politiques d'incitations financières qui défraient la chronique et, plus encore, que les exposés financiers souvent très formalisés proposés sur la théorie de l'agence reposent, finalement, sur un raisonnement d'une étonnante simplicité : pour que les managers maximisent le profit de l'entreprise, il faut qu'ils y trouvent un intérêt financier personnel. Pour aligner usus et l'abus, le fructus (profit) joue le rôle de connecteur* »¹⁶³⁶. Un montage financier peut par conséquent apporter une solution au problème d'agence¹⁶³⁷. Il s'agit alors de créer une incitation tout en transférant une partie du risque à l'agent, pour autant que ce transfert contribue à améliorer l'efficacité de l'opération. Dans l'hypothèse d'un *project financing*, les divers contrats ainsi que les différents montages financiers participent de la création de telles incitations tout en permettant d'un autre côté d'assurer une répartition optimale des risques entre différents intervenants¹⁶³⁸.

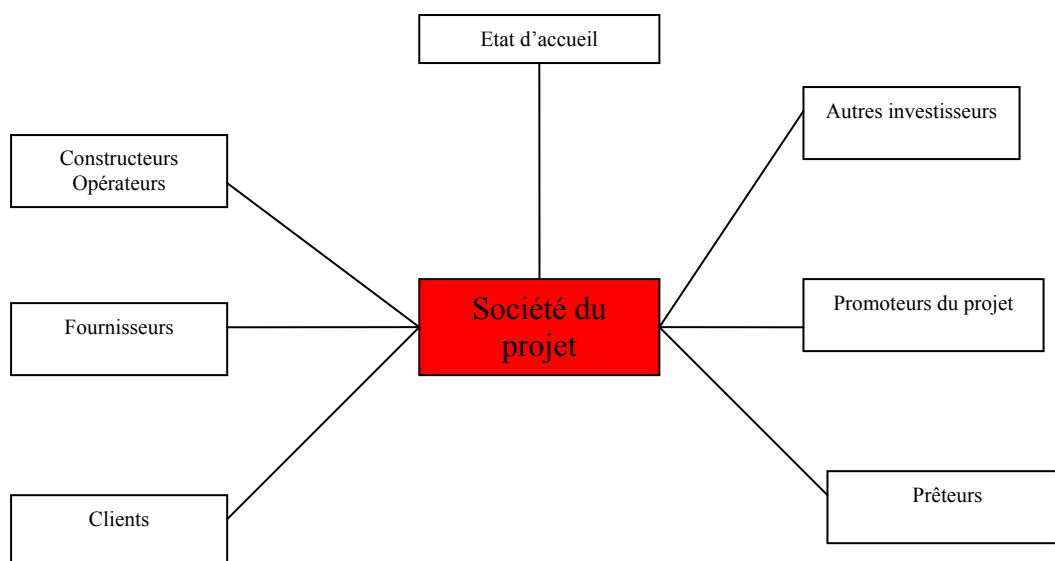
571. La figure ci-dessous présente les différentes parties et leurs positions à un *project financing* :

¹⁶³⁵ En ce sens Cf. Richard A. Brealey, Ian A. Cooper and Michel A. Habib, "Using project finance to fund infrastructure investments", in *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 9, n° 3, Fall 1996, p. 27: "One solution to these problems of incomplete contracting and costly monitoring is to arrange for the manager to take an equity stake in the business. Such a stake ties the manager's wealth to her actions, thus rewarding her for hard work and penalizing her for sloth. The "residual claimancy" associated with the ownership of equity therefore serves to motivate the manager, to some extent at least, in the cases where contracts fail to do so"; adde: E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, op. cit., p. 68.

¹⁶³⁶ P.-Y. Gomez et H. Korine, *L'entreprise dans la démocratie – Une théorie politique du gouvernement des entreprises*, Bruxelles, Editions De Boeck Université, 1^{ère} éd. 2009, p. 234. Ces auteurs affirment que sous la formulation mathématique parfois sophistiquée, la théorie de l'agence ne propose finalement que la vieille métaphore de la « carotte et du bâton ».

¹⁶³⁷ Richard A. Brealey, Ian A. Cooper and Michel A. Habib, "Using project finance to fund infrastructure investments", op. cit., p. 27-28.

¹⁶³⁸ Ibid. dans le même sens.



572. A partir de cette figure, l'on peut constater que les différents intervenants au *project financing* sont liés par divers contrats à une structure sociétaire et financière dont l'imbrication et l'interdépendance manifestes laissent difficilement planer un doute quant à la nature coopérative d'une telle opération. En effet, les arrangements contractuels qu'implique le *project financing* tendent, d'une part, à assurer que la société du projet ne devienne pas le lieu de bastions et de resquillages inhérents à l'action collective et, d'autre part, à répartir, comme nous le verrons, les risques du projet de manière optimale.

573. Plus significative cependant est la structure financière et sociétaire du projet (qui sera étudiée de manière approfondie dans la deuxième partie du sujet). Le recours à une société du projet ainsi que le fait d'y impliquer financièrement les différents intervenants au projet dont notamment ses promoteurs et ses contractants (constructeurs, opérateurs) constituent une technique incitative dont le but est d'aligner sur le même plan les intérêts de ces différents intervenants au projet¹⁶³⁹. L'implication financière se fait généralement par le biais de prises de participations dans le capital de la société du projet, matérialisant ainsi l'incitation à l'efficacité et transformant les intervenants impliqués en créanciers résiduels¹⁶⁴⁰ dudit projet car leur profit dépend en fin de compte, essentiellement si ce

¹⁶³⁹ *Contra* cependant : A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., p. 74-75, n° 117 où ces auteurs affirment que de nombreux contrats conclus avec la société du projet peuvent être un moyen de détourner les bénéfices d'exploitation. Partant du postulat que les surfacturations et sous-facturations sont des phénomènes assez fréquents dans les groupes de sociétés en général et dans les concessions en particulier, ces auteurs relèvent à titre d'exemple que, d'une part, un contrat de construction passé avec une société de BTP actionnaire de la société du projet peut l'être à des conditions défavorables à cette dernière et, d'autre part, la participation au capital de la société du projet pourrait parfois être un moyen pour des entreprises d'écouler leurs produits ou leurs services à des conditions favorables en répercutant les surcoûts sur les usagers du service.

¹⁶⁴⁰ Cette notion de créancier résiduel est cependant contestée. Pour MM. Gomez et Korine en effet, la définition du propriétaire capitaliste comme « créancier résiduel » de l'entreprise est un objet de contradiction pour le modèle économique néolibéral. Pour ces auteurs en effet, si les propriétaires sont devenus très nombreux et attendent tous un « même » niveau de profit, ils représentent en fin de compte une force considérable, certes fractionnée, mais « unifiée » par une seule exigence : le profit maximum. Une telle force collective fait de ces propriétaires non plus des créanciers résiduels mais des créanciers principaux qui ont suffisamment de puissance que pour imposer leurs exigences en matière de rémunération du capital. D'un autre côté, l'objectif de profit

n'est pas exclusivement, de l'efficacité avec laquelle le projet est mis en œuvre et exploité¹⁶⁴¹. Cette même efficacité est par ailleurs recherchée par les autres intervenants au projet, lesquels assurent dans une certaine mesure le monitoring du projet sur une base constante et sur toute sa durée.

II- Le *project financing* implique un monitoring régulier et permanent du projet

574. Une des solutions préconisées pour éviter les difficultés que pose la relation d'agence consiste à assurer une surveillance de l'agent. Un propriétaire pourrait ainsi s'engager à effectuer dans une certaine mesure une surveillance, cette mesure dépendant du coût de la surveillance et du coût des comportements nuisibles qu'une surveillance accrue permet d'éviter. Outre l'implication financière des intervenants dans le projet comme il vient d'être examiné, le *project financing* impose également une surveillance régulière et permanente du projet. Un tel monitoring est généralement mis en œuvre à l'initiative des principaux intervenants au projet (promoteurs et Etat d'accueil), mais notamment par les prêteurs, à l'intervention d'un expert, consultant technique ou ingénieur indépendant (A). D'un autre côté, les institutions multilatérales et bilatérales généralement impliquées dans les projets contribuent aussi à assurer un tel monitoring (B).

A- Le monitoring des prêteurs : rôle du consultant ou de l'ingénieur indépendant

575. Dans la mesure où il permet non seulement de consacrer un financement exclusivement à un projet mais également d'avoir un droit de regard sur celui-ci – au travers notamment d'un monitoring – de sorte à éviter qu'il ne souffre pas trop d'errements politiques, le *project financing* est considéré comme un outil de financement efficace, notamment pour les pays en développement. C'est ce que soutient un auteur lorsqu'il affirme que: *"Typically, loans extended to LDCs [Less developed countries] were so-called "budget" or balance-of-payment loans wherein credit is extended directly to the government treasury (...) Because disposition of the loan proceeds is left to total discretion of the borrowing government, the likelihood of repayment is tied not only to generally prevailing economic conditions, but to the management ability and trustworthiness of the borrowing government as well. In the case of lending to LDCs this may present a serious problem, since policymaking and administrative skills are sometimes lacking, and even where such skills are present, political considerations and corruption may hamper the execution of sound economic projects. (...) On the basis of their experiences with both "true" and "pseudo" project financing, bankers concluded that a project-oriented approach could significantly reduce the problems inherent in budget loans for a number of reasons: (...) direct project financing would, through the loan negotiation process, allow lenders to exercise some control over the activities of the projects they were lending to, thereby reducing the likelihood that mismanagement or poor planning would lead to a project's failure and loan default"*¹⁶⁴².

serait fixé *a priori* et le management est chargé de le réaliser en trouvant des solutions dont notamment l'ajustement des rémunérations des autres parties prenantes (l'Etat ou les salariés). Ces dernières prennent véritablement le risque économique car étant devenues des variables d'ajustement flexibles pour atteindre l'objectif de profit fixé *a priori* : P.-Y. Gomez et H. Korine, *L'entreprise dans la démocratie – Une théorie politique du gouvernement des entreprises*, op. cit., p. 256-259 (Les mots soulignés dans le texte le sont des auteurs).

¹⁶⁴¹ Cf. en ce sens Richard A. Brealey, Ian A. Cooper and Michel A. Habib, "Using project finance to fund infrastructure investments", op. cit., p. 31.

¹⁶⁴² S. E. Rauner, "Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development" op. cit., p. 149-151.

576. De ce qui précède, une des clauses considérée comme des plus importantes du contrat de crédit (« credit agreement ») sus-évoqué concerne l'affectation du crédit au projet¹⁶⁴³. En effet, les dispositions obligeant l'emprunteur à affecter le crédit au projet et à fournir les preuves de cette affectation figurent parmi les clauses essentielles du contrat de crédit¹⁶⁴⁴. Dès le départ et selon certains auteurs, la structure même de la « term sheet » présente de manière claire l'objet du crédit à travers une clause qui définit contractuellement l'utilisation possible dudit crédit et qui vise deux objectifs principaux : d'une part, interdire contractuellement l'utilisation des fonds à toute autre fin que le financement des investissements liés au projet préalablement décrit dans le « project overview » et, d'autre part, limiter la part de la dette dans le financement global¹⁶⁴⁵.

577. Le projet étant généralement financé par tirages¹⁶⁴⁶ successifs, la « term sheet » reprend les conditions préalables aux tirages (« conditions precedent to drawings »), lesquelles sont généralement de deux types : celles préalables au premier tirage (il s'agit de conditions qui, soit n'étaient pas respectées à la date de la signature, soit, si elles l'étaient, doivent continuer à l'être) et celles préalables à tous les tirages (c'est-à-dire celles qui doivent être répétées à tous les tirages)¹⁶⁴⁷. Il se peut ainsi qu'en fonction des différents stades des travaux de construction, l'emprunteur soit tenu d'indiquer aux prêteurs, de manière précise et documentée, préalablement à chaque tirage, les frais engagés à cette date pour la réalisation du projet ainsi que ceux qui le seront dans un avenir proche et qui doivent être inclus dans le montant du tirage¹⁶⁴⁸. Les prêteurs peuvent en outre, à titre de protection supplémentaire, garder le contrôle de l'utilisation qui est faite des fonds en payant directement pour le compte de l'emprunteur toutes les personnes avec lesquelles ce dernier a passé un contrat (fournisseurs, constructeurs, etc.)¹⁶⁴⁹.

578. Bien plus, les prêteurs ont généralement recours à une expertise externe (en dépit de la taille de leurs équipes) car, estime-t-on, s'ils peuvent garder une haute main sur les aspects commerciaux des contrats, ils ne peuvent cependant conduire seuls l'analyse économique

¹⁶⁴³ Sur les responsabilités des prêteurs en droit français en raison de l'affectation du crédit Cf. A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 149 à 151.

¹⁶⁴⁴ Cf. A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », op. cit., p. 199.

¹⁶⁴⁵ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 71. Ces auteurs précisent que l'objectif de limitation de la part de la dette dans le financement global signifie par exemple que l'apport en fonds propres doit rester proportionnel à la dette même si les coûts de construction sont inférieurs à ceux initialement prévus.

¹⁶⁴⁶ Le tirage permet à l'emprunteur d'obtenir effectivement les sommes du crédit. Ce crédit peut lui-même être découpé en plusieurs tranches soumises à des conditions propres et se différenciant, soit par l'importance du recours que les prêteurs s'accordent sur les promoteurs, soit par leur source (par exemple groupe de la Banque mondiale, banques commerciales, agences de crédit export...). Il paraît alors indiqué que les taux d'intérêts du crédit soient déterminés au moment de chaque tirage et pas à la seule signature du contrat. MM. Bénichou et Corchia affirment ainsi par exemple que la comparaison des modèles financiers a révélé une différence substantielle (10-15%) sur le montant des intérêts capitalisés entre un modèle trimestriel et un modèle annuel : I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 42).

¹⁶⁴⁷ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 80 où ces auteurs reprennent le détail de telles conditions.

¹⁶⁴⁸ A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », op. cit., p. 199-200. L'auteure indique que l'emprunteur doit être très précis et devra par conséquent indiquer sur le formulaire de demande de tirage quels sont, entre autres, ses frais de construction et d'opération du projet, le montant de toutes ses prestations de service, et les intérêts à payer sur d'autres crédits liés au financement du projet (tel un crédit acheteur). Il devra par ailleurs annexer à cette demande les originaux des factures ou des copies certifiées conformes.

¹⁶⁴⁹ Ibid. p. 200.

ou juridique et s'adjoignent par conséquent les services d'experts techniques, juridiques ou spécialisés dans les assurances¹⁶⁵⁰. Dans le but de fixer de manière indépendante les hypothèses retenues sur la base des expertises, ces dernières doivent être revues par un consultant technique (« technical consultant ») ou ingénieur indépendant¹⁶⁵¹.

579. Plus généralement, parce que la réussite d'un projet n'est pas nécessairement assurée par le seul fait qu'on l'estime valable et rentable, elle est également conditionnée par sa bonne gestion de sorte que la mission du consultant technique indépendant auprès des prêteurs se transforme bien souvent en expertise voire en monitoring sur la marche du projet. Le consultant technique restera dès lors présent tout au long de la durée de vie du prêt¹⁶⁵². Ainsi, la mise en place d'un expert pour surveiller les travaux permet aux prêteurs de s'assurer que les fonds sont effectivement affectés au projet et que celui-ci augmente en valeur au fur et à mesure des tirages¹⁶⁵³. Par ailleurs, le rôle de l'expert semble actuellement de plus en plus prépondérant et ses décisions cruciales. Celles-ci peuvent en effet aboutir à déclarer, au nom des prêteurs, la défaillance ou le « défaut » de l'emprunteur, déclenchant ensuite toutes les conséquences juridiques liées à une telle situation¹⁶⁵⁴. D'un autre côté, lorsqu'elles sont impliquées dans un projet, les institutions multilatérales et bilatérales contribuent également à en assurer le monitoring.

B- Le monitoring des institutions multilatérales et bilatérales

580. Les interventions des institutions multilatérales et bilatérales feront l'objet d'amples développements dans la suite de la présente étude. Toutefois, il convient de présenter ici la fonction de monitoring qui découle de leur intervention dans le financement d'un projet, une telle intervention étant bien résumée par un auteur qui affirme que : *"If the security package is solid, a significant contribution to the financing will probably be found in export credits extended by special agencies of developed countries governments in support of specific capital good purchases. (...) Where a contemplated project is co-sponsored by the government of the host country or will have discernible economic and social benefits, part of the financing may be provided, at concessional terms, by multilateral development organizations such as the World Bank, by its subsidiary organ, The International Finance Corporation, which specializes in lending to private sector development projects; or by one of the regional development banks"*¹⁶⁵⁵.

581. L'implication des institutions multilatérales et bilatérales dans un projet est de nature à rassurer les différents intervenants, notamment les prêteurs. On remarque que certains de ceux-ci ne participeraient pas au projet en l'absence de telles institutions, lesquelles jouent ainsi un rôle de catalyseur¹⁶⁵⁶. Néanmoins, une telle implication est soumise à certaines conditions, en particulier en ce qui concerne les institutions multilatérales, notamment un certain droit de regard sur la conduite du projet.

¹⁶⁵⁰ Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 94.

¹⁶⁵¹ Sur les principales hypothèses concernées ainsi que la tâche de l'ingénieur indépendant Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 94.

¹⁶⁵² Ibid.

¹⁶⁵³ A. Grenon, « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », op. cit., p. 200.

¹⁶⁵⁴ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 95.

¹⁶⁵⁵ S. E. Rauner, "Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development" op. cit., p. 157.

¹⁶⁵⁶ Sur le rôle catalyseur de la Banque Mondiale, Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, Washington D.C., World Bank, Technical paper n° 312, 1996, p. 59.

582. A titre d'illustration, la Banque mondiale a formalisé dans un recueil de règles internes son processus d'intervention dans le cadre d'un *project financing* : une attention particulière doit ainsi être accordée tant aux études d'impact environnemental qu'aux procédures de passation des marchés¹⁶⁵⁷. De plus, cette institution dispose de conditionnalités d'intervention (« policy conditionality ») qui soumettent son intervention à des réformes aussi bien macroéconomiques que celles plus spécifiques au secteur concerné par le projet¹⁶⁵⁸. De même soumet-elle tout bénéficiaire de ses financements à ses standards comptables et procédures d'audit¹⁶⁵⁹. La Banque mondiale joue d'un autre côté un rôle clé dans la mise en œuvre de la clause de défaut croisé (« cross default clause »)¹⁶⁶⁰ généralement insérée dans le contrat de crédit¹⁶⁶¹. Quant aux institutions bilatérales, notamment les agences de crédit à l'exportation (« Export credit agencies » ou ECAs), celles-ci tendent essentiellement à promouvoir les industries nationales dans l'exportation de leurs biens et services. Néanmoins, elles jouent un rôle important dans la mise en place du crédit – par la couverture de certains risques¹⁶⁶² – et assurent par ailleurs un certain suivi du projet. Aussi, veillent-elles généralement à assurer des strictes conditions tant dans les conventions entre créanciers¹⁶⁶³ (« intercreditor agreements ») que pour le tirage¹⁶⁶⁴.

583. S'appuyant sur les mécanismes de marché, les actions conjuguées des prêteurs et des institutions multilatérales et bilatérales que nous venons d'examiner tendent principalement à assurer que les projets soient techniquement viables, économiquement et financièrement rentables. Toutefois, le marché connaît des imperfections qui accroissent les coûts des projets outre que ces derniers recèlent des risques de diverses natures. Le *project financing*, tout en permettant une gestion efficace des risques, apparaît également comme porteur de solutions aux difficultés liées aux imperfections du marché.

Sous-section 2 : Le project financing : instrument de réduction des imperfections du marché et technique de gestion efficace de risques

584. A l'observation, le *project financing* paraît également receler d'autres fonctions non négligeables. En effet, tout en permettant une gestion efficace des risques (II), elle constitue parallèlement une technique susceptible de contribuer à résoudre certaines difficultés liées aux imperfections du marché (I).

¹⁶⁵⁷ Cf. les « Operational policies » ainsi que les « Bank procedures » de la Banque mondiale sur le site : www.worldbank.org/html/fpd/guarantees/html/process_ops.html

¹⁶⁵⁸ Sur cette « Policy conditionality » Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 63-64.

¹⁶⁵⁹ Cf. The World Bank Operations manual, Financial Accounting, Reporting and Auditing Handbook, Washington D.C., January 1995, Operational directive, O.D. 10.60.

¹⁶⁶⁰ Une telle clause sanctionne par l'exigibilité anticipée de l'ensemble du crédit tout non paiement à la date prévue de sommes dues à d'autres prêteurs: elle met par conséquent à la charge de l'emprunteur, une obligation générale de respecter les divers engagements auprès de tous les prêteurs au titre du contrat de crédit : Cf. J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Paris, Banque éditeurs, 2^{ème} éd. 1996, p. 129.

¹⁶⁶¹ «Of greater potential significance is the cross-default provision provided for in the Bank's loan agreements. Pursuant to this provision, the World Bank can suspend disbursements under all loans made to or guaranteed by the country if it has suspended disbursements under any single such loan as a result of default thereunder»: P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 62.

¹⁶⁶² Cf. chapitre suivant *infra*.

¹⁶⁶³ Ces conventions sont qualifiées de « tours de table bancaires » et sont considérées comme des contrats *sui generis* par certains auteurs : Cf. not. J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 683 et s.

¹⁶⁶⁴ En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 78-79.

I- Le project financing comme procédé tendant à réduire les imperfections du marché

Nous présenterons dans un premier temps la notion ainsi que les principales imperfections du marché (A) ce qui nous permettra ensuite d'examiner en quoi le project financing constitue une approche permettant de réduire de telles imperfections (B).

A- Notion et principales imperfections du marché

585. Depuis qu'Adam Smith a avancé l'idée, il y a deux siècles, que les marchés constituent un moyen d'atteindre l'efficacité, les économistes se sont beaucoup intéressés au modèle concurrentiel de base, lequel procède par théorisation et implique par conséquent de se situer à un niveau élevé de généralité¹⁶⁶⁵. Le modèle concurrentiel de base pose ainsi de grandes hypothèses (simplificatrices) clés à savoir que¹⁶⁶⁶ :

- (i) les entreprises et les individus sont des preneurs de prix et par conséquent, chacun exerce un impact faible sur le montant relatif des échanges ;
- (ii) les individus et les entreprises ont une information parfaite sur la qualité et la disponibilité de tous les biens et sur leurs prix ;
- (iii) les actions d'un individu dans une entreprise n'ont pas d'influence directe sur les autres individus et entreprises, excepté au travers des prix ;
- (iv) seul l'acheteur peut profiter des biens qu'il a acquis.

586. Toutefois, les économistes se sont également aperçus de ce que, sous de nombreux aspects, il existait d'importantes différences entre les économies modernes et l'économie hypothétique décrite par le modèle concurrentiel de base : ces différences – ou imperfections – peuvent rendre les marchés inefficaces (ou imparfaits) et justifier par conséquent l'intervention de l'Etat dans l'économie¹⁶⁶⁷. Quatre grandes différences possibles entre un marché réel et le modèle concurrentiel de base précité ont été identifiées et concernent : la concurrence imparfaite et l'information imparfaite (1) ainsi que les externalités et les biens publics (2).

1- La concurrence imparfaite et l'information imparfaite

Nous nous intéresserons tout d'abord à la concurrence imparfaite et aux structures de marché (a) pour ensuite présenter l'information imparfaite (b), laquelle peut s'ajouter à la concurrence imparfaite.

a- Concurrence imparfaite et structures de marché

587. Lorsque les économistes observent les marchés, ils s'intéressent principalement à sa structure et examinent par conséquent la façon dont ces marchés sont organisés. Le modèle concurrentiel de base qui constitue le point de départ des analyses postule une structure de concurrence parfaite, c'est-à-dire que seule la loi de l'offre et de la demande détermine les échanges sur le marché. Or, dans la réalité, la concurrence est rarement « parfaite » et est même le plus souvent restreinte¹⁶⁶⁸. Les restrictions en matière de concurrence sont généralement regroupées en trois grandes catégories par les économistes à savoir :

¹⁶⁶⁵ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 223-224.

¹⁶⁶⁶ Ibid. p. 224.

¹⁶⁶⁷ Ibid. p. 223.

¹⁶⁶⁸ En ce sens Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 226.

- le monopole, cas extrême qui se traduit par l'inexistence de la concurrence, dans lequel une seule entité approvisionne l'ensemble du marché¹⁶⁶⁹ ;
- l'oligopole, situation dans laquelle il existe une certaine concurrence mais, en raison du nombre limité d'entreprises (ou entités), chacune doit tenir compte de la réaction de ses rivales avant d'agir ;
- la concurrence monopolistique qui se traduit par une structure de marché dans laquelle le nombre d'entreprises est supérieur à celui observé dans l'oligopole tout en restant insuffisant pour parvenir à une concurrence parfaite¹⁶⁷⁰.

Ces deux dernières structures de marché constituent ce qui est appelé la concurrence imparfaite, une telle imperfection pouvant se doubler d'une imperfection de l'information.

b- Information imparfaite

588. Le modèle concurrentiel de base postule également que les participants au marché qu'il s'agisse des consommateurs, des producteurs ou de l'Etat, disposent tous d'une information parfaite : ceux-ci sont supposés non seulement être bien informés, mais également connaître leurs préférences, c'est-à-dire leurs goûts¹⁶⁷¹. Dans la réalité toutefois, on ne s'approche que très rarement d'une telle situation en raison du problème de l'asymétrie d'information (voir *supra* n^{os} 451 à 454). En effet, les marchés ne maîtrisent pas ou maîtrisent mal certains problèmes d'information et l'information imparfaite empêche les marchés d'accomplir des tâches qu'ils effectuent parfaitement quand l'information est complète.

589. L'on a cependant relevé que la concurrence imparfaite et l'information imparfaite ne paraissent pas constituer une raison suffisante pour renoncer au modèle concurrentiel de base¹⁶⁷². En effet, des politiques publiques peuvent parfois être mises en œuvre pour tenter de remédier à ces imperfections. De telles politiques publiques dépendront très souvent des causes de l'imperfection ou même de la structure du marché¹⁶⁷³. Il peut arriver en effet que le marché offre certains biens en trop grande quantité et d'autres en quantité insuffisante, par exemple en raison de l'existence d'externalités ou à cause de la nature même des biens en cause.

2- Les externalités et les biens publics

Nous présenterons dans un premier temps le concept d'externalités (a) et puis ensuite la notion de biens publics (b).

¹⁶⁶⁹ Nous verrons que dans certains cas – et cela peut concerner un projet BOT – l'Etat peut estimer qu'il est plus efficace qu'une seule entreprise produise un bien ou fournisse un service particulier (cas d'un monopole dit naturel).

¹⁶⁷⁰ Dans cette structure de marché, le nombre d'entreprises est suffisamment important de sorte que chacune peut ignorer les réactions de ses rivales.

¹⁶⁷¹ Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 230.

¹⁶⁷² Ibid. p. 231.

¹⁶⁷³ L'Etat pourra ainsi élaborer, dans l'hypothèse de concurrence imparfaite, des lois antitrust dont le but sera de démanteler les monopoles, d'éviter leur formation et d'empêcher les entreprises de recourir à des pratiques limitant la concurrence. De même, l'Etat pourra-t-il prendre un certain nombre de lois obligeant à une meilleure information (les lois sur la protection des consommateurs participent de ce dernier souci). Néanmoins, la question de l'efficacité pratique de telles mesures reste débattue.

a- Les externalités

590. Forcée au début du XX^{ème} siècle par A. Marshall, la notion d'effet externe ou externalité offre aux économistes une approche très riche en développements et qui traduit l'existence d'une interdépendance entre les choix des acteurs économiques¹⁶⁷⁴. On parle d'externalité chaque fois qu'un individu ou une entreprise entreprend une action qui affecte directement d'autres individus ou d'autres entreprises mais pour laquelle il ne paie ni ne reçoit aucune indemnisation : la présence d'externalités ferait ainsi en sorte que les entreprises et les individus ne supportent pas toutes les conséquences de leurs actions¹⁶⁷⁵. Pour MM. Krugman et Wells, lorsque les individus imposent des coûts ou procurent des bénéfices à d'autres, mais n'ont pas d'incitations économiques à prendre ces coûts ou ces bénéfices en considération, les économistes estiment qu'une telle situation s'accompagne d'externalités¹⁶⁷⁶. En présence d'externalités, on affirme que l'allocation des biens par le marché sera inefficace parce que le producteur ne tient pas compte des « coûts sociaux » au moment où il décide du montant de sa production¹⁶⁷⁷. Les coûts environnementaux de la pollution sont l'illustration la plus connue et la plus importante d'externalité. On distingue toutefois les externalités positives (ou bénéfices externes c'est-à-dire des bénéfices que des individus ou des firmes procurent aux autres sans recevoir de compensation) et les externalités négatives (ou coûts externes soit des coûts qu'un individu ou une firme impose aux autres sans compensation)¹⁶⁷⁸.

591. Lorsque les acteurs économiques prennent en compte les externalités dans leurs décisions, on dit qu'ils internalisent ces externalités : internaliser un effet externe c'est dès lors lui attribuer une contrepartie pécuniaire effective qui le réintroduise dans le calcul économique des acteurs¹⁶⁷⁹. Une telle internalisation ne semble toutefois pas être un mécanisme spontané, c'est-à-dire que ce n'est pas le marché qui effectue l'internalisation¹⁶⁸⁰. De même il est des types de biens que le marché ne veut ou ne peut fournir en raison de leurs caractéristiques particulières.

b- Les biens publics

592. Certains biens se présentent comme l'équivalent d'une ressource naturelle à laquelle chacun doit pouvoir accéder librement : il s'agit de biens publics¹⁶⁸¹. Un bien public « pur » est un bien dont les coûts marginaux de fourniture à un individu sont strictement égaux à zéro – c'est-à-dire qu'un individu de plus ou de moins ne change rien au coût total – et dont il est impossible d'exclure qui que ce soit de sa fourniture¹⁶⁸². Certains auteurs parlent d'indivisibilité et distinguent alors, d'une part, les indivisibilités de l'offre – coût marginal de fourniture nul – et, d'autre part, les indivisibilités d'usage – situations dans lesquelles il est impossible d'exclure un bénéficiaire potentiel de la production¹⁶⁸³. Les biens publics « purs »

¹⁶⁷⁴ En ce sens Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 35-36.

¹⁶⁷⁵ Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 234.

¹⁶⁷⁶ P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 740.

¹⁶⁷⁷ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 234-235 (les auteurs soulignent dans le texte).

¹⁶⁷⁸ En ce sens Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 745-746.

¹⁶⁷⁹ Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 37 où l'auteur précise qu'internaliser ne signifie pas seulement évaluer les dommages causés par une nuisance, mais c'est également mettre en place un processus qui fait qu'un acteur – et pas forcément l'émetteur – va supporter le coût de l'effet externe.

¹⁶⁸⁰ Ibid.

¹⁶⁸¹ Pour une étude d'ensemble de la question, Cf. A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 37-76.

¹⁶⁸² En ce sens Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 236.

¹⁶⁸³ Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 34-35.

semblent toutefois plutôt rares et parmi les grands postes de dépenses publiques, seule la défense s'apparente à un bien public pur¹⁶⁸⁴. Si de nombreux biens ne répondent pas à la définition de biens publics purs, ils peuvent toutefois en présenter l'une ou l'autre caractéristique, à un degré plus ou moins fort et ainsi décourager l'initiative privée. L'on relève ainsi que les marchés privés ont tendance à fournir les biens publics en quantité insuffisante alors même que ceux-ci, malgré leurs coûts et le problème de resquillage qu'ils suscitent, peuvent s'avérer socialement bénéfiques¹⁶⁸⁵.

593. En fin de compte, les différentes imperfections du marché que nous venons de présenter génèrent de nombreux coûts : soit que ces coûts découlent des imperfections elles-mêmes – par exemple coûts liés aux externalités ou à l'information imparfaite – soit que ces coûts découlent de mesures prises pour remédier à de telles imperfections – par exemple les taxes et amendes de toutes sortes. Le *project financing* paraît, par la création de valeur qu'elle implique, constituer une approche tendant à réduire les imperfections de marché.

B- Le *project financing* tend à réduire les imperfections du marché

594. Le *project financing* apparaît comme susceptible de réduire les coûts liés à la recherche d'informations ainsi que ceux liés aux conflits incitatifs entre les intervenants au projet (1). Par ailleurs, cette technique tend de plus en plus à internaliser les effets externes des projets et à prendre en compte la nature particulière des biens publics tout en assurant une certaine concurrence pour la gestion desdits biens (2).

1- Le *project financing* réduit les coûts liés à l'information et aux conflits d'incitations

Le *project financing* paraît particulièrement apte à réduire tant les coûts liés à l'information (a) que ceux liés aux conflits d'incitations (b).

a- La réduction des coûts liés à l'information

595. Il vient d'être démontré que les marchés ne maîtrisent pas ou maîtrisent mal certains problèmes d'information et que l'information imparfaite empêche lesdits marchés d'accomplir des tâches qu'ils effectuent parfaitement quand l'information est complète. Pour ce qui est précisément du *projet financing*, le problème de l'asymétrie d'information paraît à première vue celui qui se pose avec le plus d'acuité, au regard du nombre des intervenants et des qualités en vertu desquelles ceux-ci interviennent. Pour rappel, l'asymétrie d'information signifie que lors d'une transaction de biens ou de services, l'une des parties (très souvent le vendeur) est mieux informée que l'autre sur les caractéristiques de l'objet servant à la transaction¹⁶⁸⁶. Elle peut avoir de multiples sources et provenir de ce que : soit l'une des parties contractantes est expert et l'autre non ; soit l'une des parties contrôle une apparence sur laquelle l'autre est tenue de se fier ; soit également que l'une des parties est un gros opérateur qui a accès à des rendements d'échelles dans l'acquisition ou le traitement de l'information tandis que l'autre partie n'est qu'un petit joueur ; soit enfin que l'une des parties éprouve des difficultés à surveiller efficacement l'autre¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁴ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 236.

¹⁶⁸⁵ Ibid. p. 237.

¹⁶⁸⁶ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 154.

¹⁶⁸⁷ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 367.

596. Comme certains auteurs l'ont toutefois relevé, l'asymétrie n'est pas en soi une raison de craindre que le contrat conclu ne permette un gain optimal – l'échange contractuel étant souvent motivé par les différences de connaissance, de talent ou de valorisation chez les contractants¹⁶⁸⁸. Tel est en effet le cas dans un *project financing* que nous avons par ailleurs décrit comme étant une association de compétences : il s'agit alors de faire travailler ensemble différents intervenants en fonction des compétences propres et reconnues à chacun d'eux. Chacun met donc son savoir-faire au service de l'objectif commun, étant entendu, comme nous l'avons esquissé et le démontrerons, que tout comportement opportuniste peut se révéler ruineux pour l'ensemble de l'opération.

597. Par ailleurs, nous avons également vu que le *project financing* implique la mise en place d'une société du projet, laquelle possède des actifs propres et partant relativement transparents. L'information à réunir sur une telle entité en vue d'analyser et de définir les conditions d'octroi du prêt s'en trouve simplifiée – par comparaison à un financement sur bilan qui nécessite la production et la vérification d'une information volumineuse sur les promoteurs¹⁶⁸⁹. Bien plus, la nature relativement transparente du projet facilite le monitoring de sa construction, de son développement ainsi que de sa performance sur la durée, ce qui a conduit un auteur à affirmer que : « *These improvements in transparency can lower a project's cost of capital* »¹⁶⁹⁰. De même, les coûts liés aux conflits d'incitation peuvent s'en trouver réduits.

b- La réduction des coûts liés aux conflits d'incitations

598. Les objectifs des intervenants au *project financing* paraissent à première vue divergents et constituent une source potentielle de conflits d'intérêts, lesquels peuvent être exacerbés par la nature généralement incomplète du contrat qui porte l'opération. Cette situation d'incomplétude contractuelle et la gestion des différents contrats peuvent générer d'importants coûts et, partant, créer un conflit d'incitations (« incentive conflicts »)¹⁶⁹¹. Pour M. Esty Benjamin toutefois, « *One of the most important reasons for using project finance is to limit the costs imposed by these conflicts* »¹⁶⁹². De plus, le recours à une société du projet ainsi que le fait d'y impliquer financièrement les différents intervenants contribuent également à créer une incitation dont le but est d'aligner sur le même plan les intérêts de ces différents intervenants au projet. Une telle implication, de nature financière, s'effectue généralement par le biais de prises de participations dans le capital de la société du projet, ce qui transforme les intervenants impliqués en créanciers résiduels dudit projet. Pour certains auteurs, le *project financing* permet d'aller plus loin dans la mesure où « (...) *It is desirable to tie ownership and provision of management services whenever it is difficult to specify ex ante the required level of services, or the acceptable level of costs, and to monitor them. This can be achieved through the use of project finance* »¹⁶⁹³.

599. De ce qui précède, il appert que le *project financing* permet, d'une part, de réduire les coûts liés à l'obtention de l'information et, d'autre part, de réduire les coûts liés aux

¹⁶⁸⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 368.

¹⁶⁸⁹ Cf. Esty Benjamin C., « Petrozuata: a case study of the effective use of project finance », op. cit. p. 30.

¹⁶⁹⁰ Ibid. ainsi que toutes les références citées.

¹⁶⁹¹ Ibid.

¹⁶⁹² Ibid. L'auteur précise que : « *Most of these conflicts relate to investment decisions or operating efficiency* ».

¹⁶⁹³ Richard A. Brealey, Ian A. Cooper and Michel A. Habib, « Using project finance to fund infrastructure investments », op. cit., p. 38; *adde*: Esty Benjamin C., « Petrozuata: a case study of the effective use of project finance », op. cit. p. 31 où l'auteur précise : « *As residual claimants with concentrated ownership claims, the sponsors have the incentive to maximize value even in the absence of complete contracts* ».

conflits d'incitations. Tout ceci aboutit à réduire le coût net de l'ensemble du projet et à en assurer une gestion efficace, d'autant plus que cette technique tend de plus en plus à internaliser les effets externes des projets et à y introduire une certaine concurrence tout en prenant en compte, le cas échéant, la spécificité des biens publics.

2- La tendance à l'internalisation, à la promotion de la concurrence ainsi que la prise en compte de la nature particulière des biens publics

600. L'évolution du *project financing* a permis de constater une certaine tendance vers l'internalisation par le biais de cette technique des effets externes des projets. Une telle internalisation se réalise notamment à travers les études environnementales et sociales préalables (Cf. *supra* n^{os} 545 à 548) et en conséquence l'intégration des coûts sociaux et environnementaux dans les coûts des projets (a). De même, compte tenu de l'ampleur de certains projets qui sont *de facto* transformés en monopole naturel, les procédures de mise en œuvre du *project financing* tendent, à défaut d'assurer une concurrence sur le marché, à assurer, à tout le moins, une concurrence pour le marché (b) tandis que, en composant avec le partenaire public, la gestion de biens publics ne paraît plus se faire exclusivement par les personnes publiques (c).

a- La tendance à l'internalisation : l'intégration des coûts sociaux et environnementaux au coût final du projet

601. Nous avons constaté que les exigences de respect de l'environnement et de prise en compte des autres externalités sociales des projets, loin de constituer une contrainte supplémentaire que les intervenants à un projet tenteraient à tout prix de contourner, doivent désormais être considérées comme faisant partie intégrante des paramètres du *project financing*. Les études environnementales occupent désormais la même place que les études économiques et financières ou juridiques. Le *project financing* tend donc désormais à internaliser les coûts sociaux et environnementaux de projets. Dans certains cas, la prise en compte de la dimension sociale et environnementale d'un projet pourra donner lieu à une certaine compensation, sous la forme de réduction d'impôts notamment¹⁶⁹⁴.

602. Par ailleurs, l'association des compétences et la répartition des risques qu'implique le *project financing* permettent également de réduire autant que possible les conséquences financières de la réalisation d'un risque. Dès lors, ce procédé contribue à réduire les coûts d'une éventuelle restructuration du projet en cas de difficultés. Un auteur a en effet souligné que: "*Project finance adds value by reducing the probability of distress at the sponsor level and by reducing the costs of distress at the project level*"¹⁶⁹⁵. Cette

¹⁶⁹⁴ Le respect de certaines normes environnementales permettra par exemple d'éviter le paiement d'éventuelles taxes sur les émissions polluantes ou de bénéficier, le cas échéant, de permis d'émissions négociables et, dans ce dernier cas, les intervenants au projet disposeront d'un outil flexible permettant de réaliser des transactions bénéfiques.

¹⁶⁹⁵ Esty Benjamin C., "Petrozuata: a case study of the effective use of project finance", op. cit. p. 32. Pour cet auteur, "*The cost of financial distress is an expected cost equal to the probability of distress times the costs associated with distress. (...) With regard to costs of financial distress, sponsors use project finance in situations that have low costs of distress. Projects typically consist of economically independent, tangible assets that do not lose much value during default or following restructuring. Because the assets have few alternative uses, an efficient restructuring is more likely than an inefficient liquidation. The recognition that projects consist primarily of going concern value makes even senior claimants prefer speedy restructurings over delayed negotiations and uncertain outcomes*".

technique assure aussi et en tout cas, au moins dans une certaine mesure, la promotion de la concurrence.

b- Une certaine promotion de la concurrence – Renvoi

603. Dans la deuxième partie de cette étude, nous examinerons les procédures de sélection de l'opérateur privé dans le cadre de la mise en œuvre d'un BOT (Cf. *infra* n^{os} 1148 et s.). Dans les projets où intervient un partenaire public en effet, de telles procédures ont pour but d'optimiser les ressources publiques et de garantir une égalité de traitement entre les opérateurs économiques en offrant à chacun les mêmes opportunités d'affaires. La procédure de sélection de l'opérateur privé doit être adaptée au projet en cause¹⁶⁹⁶. Ainsi par exemple, un Etat peut estimer qu'il est plus efficace qu'une seule entreprise produise un bien ou un service particulier – ce qui aboutira à un monopole naturel – et dans cette hypothèse, il peut être nécessaire, d'une part, de s'assurer que le marché reste « contestable »¹⁶⁹⁷ et, d'autre part, de créer une agence de réglementation ou de régulation du monopole ainsi créée. Un tel monopole peut alors être justifié par la nature de bien public objet du projet en cause.

c- La prise en compte de la nature particulière des biens publics

604. La nature particulière des biens publics est susceptible de décourager l'initiative privée, en raison de leurs coûts et des problèmes de resquillage qu'ils recèlent. Si de nombreux biens ne constituent pas des biens publics purs au sens sus-exposé, il existe un grand nombre de situations hybrides dans lesquelles la divisibilité est partielle : c'est notamment le cas des domaines où les coûts fixes sont importants comme la production et la distribution d'électricité ou de gaz, les transports collectifs, les télécommunications et bien d'autres domaines¹⁶⁹⁸. La question de l'initiative – privée ou publique – de la production de tels biens reçoit une réponse qui varie en fonction des pays. Toutefois, on estime que leur nature de biens publics n'est plus une raison suffisante pour en justifier une production publique, d'autant plus que l'initiative privée et le contrôle public peuvent cohabiter facilement¹⁶⁹⁹.

605. En conséquence, afin de réduire le risque de sous-optimalité et de gaspillage que fait peser sur de tels biens le resquillage, une certaine « appropriation » de ceux-ci est désormais possible, ce qui permet aujourd'hui de procéder à une certaine tarification de l'usage d'autoroutes, de ponts et tunnels, etc.¹⁷⁰⁰. Le concept de BOT s'appuie sur cette logique et repose essentiellement, comme nous l'avons vu, sur le *project financing*. Cette technique, tout en contribuant à la réduction des imperfections de marché, permet par ailleurs de gérer de manière efficace les risques du projet.

II- Le *project financing* comme technique de gestion efficace des risques – Renvoi

606. Notre étude a révélé au titre des caractéristiques essentielles du *project financing*, outre la rentabilité propre du projet, l'analyse et la répartition des risques qui en découlent. Cette dernière opération, consubstantielle à tout *project financing*, permet par la suite d'assurer une

¹⁶⁹⁶ A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., p. 37, n° 46.

¹⁶⁹⁷ Pour rappel, ceci signifie que indépendamment du nombre d'entreprises effectivement présentes sur le marché, l'entrée et la sortie de celui-ci sont totalement libres et sans coût.

¹⁶⁹⁸ En ce sens Cf. Y. Crozet, *Analyse économique de l'Etat*, op. cit., p. 35.

¹⁶⁹⁹ Ibid.

¹⁷⁰⁰ Ibid. p. 50-51.

gestion efficace des risques du projet, chaque risque devant être attribué à la partie la mieux placée pour le couvrir ou l'assumer le cas échéant. La question du traitement du risque du projet est à ce point fondamentale dans le cadre du *project financing* que, en dehors de la section relative à la rentabilité du projet, les trois prochaines sections du chapitre 2 ci-dessous lui sont exclusivement consacrées.

CHAPITRE 2 : LA PRÉÉMINENCE DE LA RÉPARTITION DES RISQUES ET DE LA RENTABILITÉ DU PROJET

“It is important to keep in mind throughout this discussion that risk is not necessarily the enemy. The least risky countries are not necessarily the most attractive ones, nor are the most risky necessarily the least attractive”.

Donald R. Lessard, “Incorporating country risk in the valuation of offshore projects” in *Journal of Applied Corporate Finance*, fall 1996, p. 53.

607. Le *project financing* – et partant le BOT – se caractérise essentiellement par la quête de la rentabilité ainsi que de la répartition optimale des risques du projet. Eu égard au caractère crucial que revêtent ces aspects dans la mise en œuvre du BOT et au regard des multiples renvois opérés à ce sujet, il s’avère en conséquence nécessaire et utile de leur consacrer une analyse approfondie, objet du présent chapitre. Nous présenterons tout d’abord la notion de risque et en examinerons la manifestation dans le cadre d’un projet BOT (Section 1). Quoique dans la pratique le traitement des risques dans une opération BOT n’obéit pas à un découpage strict, la clarté de notre exposé commande que la question soit toutefois envisagée et traitée comme par séquences. Ainsi, présenterons-nous par la suite, d’une part, le processus d’identification, d’analyse et de répartition des risques du BOT (Section 2) pour, d’autre part, examiner leur gestion ainsi que leur rémunération (Section 3). Nous pourrions alors enfin appréhender la question de la rentabilité du projet (Section 4) dans la mesure où on considère notamment qu’une projection financière réaliste et pertinente – perspective de rentabilité donc – d’un projet BOT passe par l’intégration des risques et incertitudes qui l’entourent¹⁷⁰¹.

SECTION I : LA NOTION DE RISQUE – LE RISQUE DANS LE CADRE DU BOT

Appréhender la notion de risque (sous-section 1) dans ses multiples facettes apparaît un exercice incontournable si l’on souhaite en examiner les manifestations dans le cadre du BOT (sous-section 2).

Sous-section 1 : La notion de risque

608. La nature confronte les êtres humains à des changements imprévus qui déjouent leurs prévisions et les obligent à s’adapter et à trouver de nouvelles façons de faire. L’incertitude ou l’ignorance relative¹⁷⁰² qui affectent nos vies ainsi que l’élément de surprise qui en résulte constituent des aspects inéluctables de la condition humaine, de sorte que la prise en compte de cette incertitude par l’innovation et par l’absorption de risques caractérise en fin de compte toute activité humaine¹⁷⁰³. Le risque est considéré comme la contrepartie d’une économie de marché fondée sur le principe de la destruction créatrice, dans la mesure où les activités économiques sont appréhendées comme étant

¹⁷⁰¹ Cf. en ce sens E. Malini, “Build Operate Transfer municipal bridge projects in India” in *Journal of Management in Engineering*, July/August 1999, p. 52.

¹⁷⁰² Du temps qui vient, affirme M. Jean-Marc Mousseron, l’homme même le plus informé ne peut avoir qu’une connaissance bien approximative et les prophètes du passé sont plus nombreux que les devins de l’avenir : J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par contrat » in RTDciv. 1988, p. 483.

¹⁷⁰³ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L’analyse économique du droit*, op. cit., p. 35.

indissociables du risque¹⁷⁰⁴. Un auteur a même pu affirmer que nous sommes passés d'une société industrielle où le problème central était la répartition des richesses à une société centrée sur la répartition des risques¹⁷⁰⁵.

- 609.** Le risque semble ainsi universellement perçu comme occupant une place importante dans la société contemporaine¹⁷⁰⁶ de sorte qu'un auteur affirmé que la politique est une dimension ontologique du risque¹⁷⁰⁷. Bien plus, selon cet auteur, « rien n'étant en soi un risque, tout peut en être un »¹⁷⁰⁸. En fin de compte, le risque apparaît comme une notion à géométrie variable (I) dont la perception peut être liée à différentes questions ainsi qu'à différents cadres ou contextes d'analyse. En ce sens, le risque s'avère également être une construction spécifique en telle manière que nous n'en retiendrons que la seule dimension technique, pertinente pour notre étude (II).

I- La notion de risque : notion à géométrie variable

Un bref historique de la notion de risque (A) nous permettra d'en fixer par la suite les contours (B).

A- Bref historique de la notion de risque

- 610.** Selon M. François Ewald, la notion de risque est apparue à la fin du Moyen Âge, avec l'assurance maritime, pour viser les écueils qui pouvaient compromettre une bonne navigation¹⁷⁰⁹. Le « risque » désignait dans ce contexte l'éventualité d'un danger objectif, le cas fortuit, la force majeure, tempête ou autre infortune de mer qu'on ne pouvait imputer à une faute de conduite¹⁷¹⁰. Le risque semble donc entendu à cette époque au sens d'événement naturel, sens qui sera maintenu jusqu'au début du XIX^{ème} siècle lorsque la notion de risque a été étendue : le risque ne se trouve plus alors seulement dans la nature, mais est également dans l'homme, dans sa conduite, dans sa liberté, dans le rapport des hommes entre eux, dans le fait de leur association, dans la société¹⁷¹¹.
- 611.** Dès la fin du XIX^{ème} siècle, le risque paraît dorénavant pouvoir désigner le mode d'être collectif de l'homme en société : le risque est alors social¹⁷¹². La voie semblait ainsi ouverte pour l'universalisation de la notion de risque, caractéristique du XIX^{ème} siècle et de notre société moderne¹⁷¹³ et M. François Ewald d'ajouter : « *Nous sommes tous des*

¹⁷⁰⁴ Cf. en ce sens T. Cazenave, D. Martimort et J. Pouyet, « Crise de régulation » in A.-M. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presse de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 2.

¹⁷⁰⁵ U. Beck, *La société du risque, sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion-Champ, 2003, cité par T. Cazenave, D. Martimort et J. Pouyet, « Crise de régulation », op. cit., p. 2.

¹⁷⁰⁶ J. Steele, *Risks and legal theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004 p. 5.

¹⁷⁰⁷ F. Ewald, « La crise comme phénomène politique » in A.-M. Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, op. cit., p. 12-13 où l'auteur précise que l'interaction entre le risque et la politique tiendrait à trois phénomènes : tout d'abord, le risque serait une ressource pour le politique ; il serait ensuite toujours lié au politique et varierait dans sa formulation suivant les moments de l'histoire ; enfin le risque est politique parce que lorsqu'il se transforme en crise, la panique s'installe et devient un problème à régler au niveau politique.

¹⁷⁰⁸ F. Ewald, *L'Etat providence*, op. cit., p. 20.

¹⁷⁰⁹ Ibid. p. 424 ; *adde*: G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique » in RIDE, 1990, p. 176 où l'auteur précise que l'assurance maritime véritable se substitua au prêt à la grosse interdit par l'Eglise.

¹⁷¹⁰ F. Ewald, *L'Etat providence*, op. cit., p. 425 (le mot risque est souligné par l'auteur).

¹⁷¹¹ Ibid.

¹⁷¹² Ibid. p. 426.

¹⁷¹³ Pour Mme Steele en effet, "Mastery of 'risk' has been described as the idea that 'defines the boundary between modern times and the past': J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 5 ainsi que la référence citée.

*risques les uns pour les autres ; il y a des risques partout, en tout ; du niveau le plus individuel, au niveau social et international »*¹⁷¹⁴. Il importe par conséquent de cerner les contours de la notion de risque.

B- Les contours de la notion de risque

- 612.** Dans le langage courant, le risque est pris comme synonyme de danger, de péril, d'évènement malheureux qui peut arriver à quelqu'un ou à quelque chose: il semble alors désigner une menace objective. Selon Mme Jenny Steele toutefois, le risque définit au sens large est une question de circonstances : nous sommes confrontés à une situation de risque lorsque les circonstances pourraient – et surtout pourraient ne pas – se présenter dans le sens où nous ne le souhaitons pas¹⁷¹⁵. L'auteur précise néanmoins que quelque chose manque à cette définition, et ce quelque chose varie suivant les points de vue¹⁷¹⁶.
- 613.** Au point de vue de l'assurance par exemple, M. François Ewald affirme que le « risque » ne désigne ni un évènement ni même un type d'évènement de la réalité – les évènements malheureux – mais un mode de traitement spécifique de certains évènements qui peuvent advenir à un groupe d'individus ou, de manière plus précise, à des valeurs ou des capitaux possédés ou représentés par une population¹⁷¹⁷. La théorie financière définit quant à elle le risque comme la variabilité des flux de ressources anticipés liés à la détention d'un actif donné, une telle détention pouvant être relative à un titre financier ou au rendement d'un investissement¹⁷¹⁸. Pour M. Jean-Marc Mousseron, le « risque » est toute déviation, considérée en état d'éventualité au jour de la conclusion du contrat, par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues¹⁷¹⁹.
- 614.** Au-delà des points de vue ou catégories spécifiques, il semblerait que plus qu'avec les notions de danger et de péril, la notion de risque doit se décliner, d'une part, avec celle de chance, de hasard, de probabilité, d'éventualité ou d'aléa et, d'autre part, avec celle de perte ou de dommage¹⁷²⁰. Deux acceptions de la notion de risque ont été proposées par certains auteurs qui n'en ont pas moins relevé la polysémie: une acception large – le risque renverrait à toute situation se situant entre les évènements futurs mais certains et ceux qui sont futurs et incertains – et une autre étroite, tirée de considérations économiques et notamment fondée sur les propositions de Frank Knight¹⁷²¹.

¹⁷¹⁴ F. Ewald, *L'Etat providence*, op. cit., p. 426; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 1 où l'auteur indique: "*Risk is an essential part of life. It pervades everything we do, every decision we make and every path we choose. Each choice involves a consideration of risk, from what to wear in the morning to whom to marry and whether or not to wear your seat belt. Risk is both a hazard and an opportunity*".

¹⁷¹⁵ J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 6: "(...) we are faced with a situation of 'risk' when circumstances may (or importantly, may not) turn out in a way we do not wish for".

¹⁷¹⁶ Ibid.

¹⁷¹⁷ F. Ewald, *L'Etat providence*, op. cit., p. 173 (l'expression risque est soulignée par l'auteur).

¹⁷¹⁸ Cf. en ce sens T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *RIDE*, 2005, p. 295.

¹⁷¹⁹ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par contrat » op. cit., p. 484 (l'expression risque est soulignée par l'auteur).

¹⁷²⁰ F. Ewald, *L'Etat providence*, op. cit., p. 173.

¹⁷²¹ Cf. A. Ruellan et A. Hugé, « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », in *AJDA*, sept. 2006, p. 1597.

615. M. Frank Knight a en effet proposé d'utiliser le terme « risque » pour les phénomènes dont on a au moins une connaissance statistique et le terme « incertitude » pour les aléas où cette connaissance statistique n'est pas disponible et où nous devons estimer les chances de réussite au flair¹⁷²². Pour cet auteur, l'entrepreneur est celui qui prend à sa charge un risque non assurable du fait d'un caractère « hors commun » et d'un faible degré d'aversion pour le risque : le profit que celui-ci réalise se définit à partir du risque qu'il accepte de prendre à sa charge et des anticipations divergentes qu'il forme sur le futur¹⁷²³. L'incertitude dans un projet serait ainsi une sorte d'agrégation des incertitudes dérivant des variables importantes du risque-projet, étant entendu que ces incertitudes peuvent elles-mêmes être réparties en deux catégories : les incertitudes aléatoires et les incertitudes épistémiques¹⁷²⁴.

616. Pour certains auteurs par ailleurs, l'analyse du risque par les économistes, ainsi que son opposition à l'incertitude radicale, recouperait dans une grande mesure l'analyse des faits imprévus en droit des contrats publics¹⁷²⁵. En définitive, si le phénomène essentiel réside, semble-t-il, dans le fait que dans nos sociétés l'incertitude croît tandis que le hasard recule¹⁷²⁶, la thèse de M. Knight est une prise en compte de la dimension technique du risque, celle même qui nous paraît pertinente pour la suite de cette étude.

II- La dimension technique du risque

617. Selon M. Jeffrey Delmon, on pourrait définir le risque comme la probabilité qu'un évènement ou une circonstance susceptible d'avoir un impact sur une transaction se

¹⁷²² F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1921 (3rd impression 1937), p. 233: *"To preserve the distinction which has been drawn in the last chapter between measurable uncertainty and an unmeasurable one we may use the term "risk" to designate the former and the term "uncertainty" for the latter"*. A la suite de Knight, cette distinction a également été retenue par Chapman et Ward (2002), Flanagan et Norman (1993) ainsi que Pilcher (1985) tous cités par A. Roumboutsos et K.P. Anagnostopoulos: "Public-private partnership projects in Greece: risk ranking and preferred risk allocation" in *Construction Management and Economics*, n° 26, July 2008, p. 752; *adde* dans le même sens J. Steele qui cite Wynne pour qui: **"Risk is a term properly used where system behaviour is known, and outcomes can be assigned a probabilistic value. (...) Uncertainty should referred to when important system parameters are known, but not the probability distributions"**: B. Wynne, "Uncertainty and environmental learning: reconceiving science and policy in the preventative paradigm" in *Global Environmental Change*, 2 (2), 1992, 111 cité par J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 32 (les mots dans la citation sont soulignés par l'auteur).

¹⁷²³ F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 310-312: *"The only "risk" which leads to a profit is a unique uncertainty resulting from an exercise of ultimate responsibility which in its very nature cannot be insured nor capitalized or salaried (...) and it is uncertainty in this sense which explains profit in the proper use of the term"*.

¹⁷²⁴ Cf. N. Chiara and Michael J. Garvin, "Variance models for project financial risk analysis with applications to Greenfield BOT highway projects", in *Construction Management and Economics*, Sept. 2008, p. 925. Pour ces auteurs, l'incertitude aléatoire se rapporte à la variation naturelle et intrinsèque d'un variable du risque et ne peut être réduite en raison de sa variabilité par nature tandis que l'incertitude épistémique est due à l'absence de connaissance sur la « consistance » d'un variable du risque. L'incertitude épistémique peut néanmoins être réduite ou éliminée si plus d'informations pertinentes sont rassemblées.

¹⁷²⁵ En ce sens Cf. A. Ruellan et A. Hugé, « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision » op. cit., p. 1597 où ces auteurs affirment que lorsque le juge administratif applique la théorie de l'imprévision, de la force majeure ou du fait du prince, ce n'est, dans la plupart des cas, non pour que les parties puissent faire face à un simple imprévu, mais plutôt parce qu'elles sont confrontées à un évènement dont la survenance relève, au sens économique du terme, de l'incertitude radicale.

¹⁷²⁶ Cf. en ce sens G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 174. L'incertitude croîtrait, selon cet auteur, pour trois raisons au moins : le fait des « révolutions » liées aux avancées technologiques, l'internationalisation des rapports sociaux et économiques ainsi que le fait de la science qui peut être considérée comme un facteur de découverte des incertitudes.

réalise¹⁷²⁷. Toutefois, l'auteur rappelle qu'une telle conception du risque pourrait faire croire que le risque se confîne à un simple rapport de cause à effet alors que : "*Risk is : (i) borne of change and uncertainty ; (ii) an essential aspect of decision-making and the structure of a commercial transaction ; (iii) in a constant state of change ; (iv) an extremely difficult thing to define but, as with obscenity, we know it when we see it ; (v) personal assessment, 'perception', rather than an absolutely objective measure*"¹⁷²⁸. L'analyse plus générale de Mme Jenny Steele révèle quatre approches du risque, lesquelles sont considérées comme particulièrement pertinentes pour une théorie du risque¹⁷²⁹ à savoir : (i) le risque comme aspect crucial du processus de prise de décision ; (ii) l'approche collectiviste ou solidariste du risque¹⁷³⁰ ; (iii) l'approche stratégique du risque et (iv) le risque pris au sens d'aléa.

618. L'approche collectiviste ou solidariste du risque qui renvoie notamment à la technique de l'assurance se retrouve, dans une certaine mesure, dans le cadre du BOT. Toutefois, nous nous intéresserons à cette approche au titre de modalité de gestion du risque (Section 3 *infra*). D'un autre côté, le risque envisagé comme aléa n'est pas inconnu de notre système juridique, particulièrement à travers les contrats aléatoires du droit civil¹⁷³¹. L'aléa se définit alors comme un élément du hasard, d'incertitude qui introduit dans l'économie d'une opération une chance de gain ou de perte pour les parties et qui est de l'essence de certains contrats¹⁷³². L'aléa recouvre par conséquent la notion d'incertitude. Néanmoins, si le BOT contient une part d'aléa, il demeure appréhendé en termes de risques dont l'analyse sert de base à la décision d'entreprendre ou non le projet tandis que leur gestion permet d'en assurer la viabilité. Comme le rappelait en effet M. François Grua dans son étude sur les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et commutatifs¹⁷³³, « *Tous les contrats comportant un aléa ne sont certainement pas aléatoires, sans quoi la quasi-totalité des contrats le serait* ». Nous nous intéresserons par conséquent à l'approche du risque, tout d'abord, en tant que ressource du processus de décision (A) et, ensuite, à l'approche stratégique du risque, c'est-à-dire le risque envisagé comme technique de gouvernance (B).

A- Le risque comme ressource du processus de décision

619. Les décisions que prennent les acteurs économiques peuvent porter sur des objets (commander un livre dans la librairie du quartier) mais également sur des matières qui comportent un élément d'incertitude. L'approche du risque comme ressource du processus de décision tend à montrer qu'il est possible de mener des actions rationnelles nonobstant la présence d'éléments d'incertitude. Dès lors que l'incertitude est appréhendée en termes de « risque », elle nous permet de planifier nos actions malgré l'ignorance de leur issue

¹⁷²⁷ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 1.

¹⁷²⁸ Ibid., p. 1-2.

¹⁷²⁹ J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 13.

¹⁷³⁰ Cette approche est celle défendue par M. François Ewald pour qui le risque est social et a acquis une sorte de statut ontologique.

¹⁷³¹ Le Code civil définit et consacre le contrat aléatoire dans ses articles 1104 et 1964. Aux termes de l'article 1104 al. 2 : lorsque l'équivalent consiste dans une chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. Quant à l'article 1964 : le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles dépendent d'un événement incertain.

¹⁷³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2002, p. 45.

¹⁷³³ F. Grua, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », RTDciv., 1983, p. 263 et s.

future¹⁷³⁴. Dans cette conception, le risque s'appuie souvent sur un exercice formel de détermination des probabilités et, en tout cas, requiert une évaluation des éventualités : il dépend plus ou moins des jugements de probabilité¹⁷³⁵.

620. Le risque est également appréhendé sous un aspect positif dans la mesure où envisager un problème en termes de risque, c'est créer une opportunité pour agir en supprimant les causes d'indécisions¹⁷³⁶. Cette vue positive quoique limitée du risque induit que celui-ci nous donne ce dont nous avons besoin pour décider : il permet ainsi d'« éviter l'indécision » sans toutefois faire éviter pour autant un reproche ou un regret subséquent à la décision¹⁷³⁷. En conclusion, le risque perçu comme ressource du processus de décision implique responsabilité et choix et non pas la découverte de solutions à travers l'application technique des méthodes probabilitaires¹⁷³⁸. En cela, le risque peut également revêtir un aspect stratégique en ce sens qu'il peut être envisagé comme une technique de gouvernance.

B- L'approche stratégique du risque : le risque comme technique de gouvernance

621. Cette approche du risque est considérée comme influencée par les idées de M. Michel Foucault et conduit à des théories dites foucauldienne ou de « gouvernementalité » des risques¹⁷³⁹. Ces théories sont relatives à la gestion des risques de la société par le biais de techniques « moins humaines », actuarielles notamment¹⁷⁴⁰. Elles ont trouvé application dans de nombreux domaines tels celui des accidents, de la politique criminelle, du travail social, de l'accès au crédit voire même de la conception des routes¹⁷⁴¹.

622. Toutefois, certains auteurs estiment que le rôle du risque dans la « gouvernementalité » est plus varié et nourrit un plus grand éventail de politiques que celles que l'on lie traditionnellement aux idées de M. Foucault. Pour M. O'Malley par exemple, même si l'on doit retenir que le risque est avant tout une technique de gouvernance, la « gouvernementalité » ne se réduit pas à agréger des techniques dans le but de la sécurité ou du bien-être, mais consiste également à désagréger et à déléguer les tâches publiques vers la sphère privée¹⁷⁴². De même, on considère que déléguer la responsabilité de gérer un risque à un décideur unique constitue en soi une technique de gouvernance¹⁷⁴³.

623. En définitive, le risque appréhendé comme ressource du processus de décision ou comme technique de gouvernance – autrement dit la dimension technique du risque –

¹⁷³⁴ J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 18.

¹⁷³⁵ Ibid. p. 19-20.

¹⁷³⁶ Ibid. p. 20.

¹⁷³⁷ “Seen in this positive yet limited sense, risk gives us what we need in order to make decisions. But this means only that it **removes indecision**, not that it puts the decision beyond reproach or regret”: J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 20 (les mots dans le texte sont soulignés par l'auteur).

¹⁷³⁸ Ibid. p. 21.

¹⁷³⁹ Ibid. p. 38.

¹⁷⁴⁰ Ibid. p. 17.

¹⁷⁴¹ Ibid. p. 42-43.

¹⁷⁴² P. O'Malley, “Risk, power and crime prevention” in *Economy and Society*, 22, 1992, 252 cité par J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 44. Pour M. O'Malley par ailleurs, la “théorie de la gouvernementalité” postule que le risque est une technique de gouvernance de choix en raison de sa liaison avec une plus grande efficacité : O'Malley, « Risk and responsibility » in A. Barry, T. Osborne and N. Rose (eds), *Foucault and political reason*, London, UCL Press, 1996, cité par J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 46.

¹⁷⁴³ J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 45.

semble susceptible d'éclairer les mécanismes du BOT. Il convient alors d'examiner le risque dans le cadre de la mise œuvre du BOT.

Sous-section 2 : Le risque dans le cadre du BOT

624. Le risque est inhérent à tout projet, industriel ou d'infrastructure par exemple, qu'il soit mis en œuvre par le biais d'un BOT ou non. La particularité d'une opération BOT est, comme nous l'avons déjà vu, la participation du secteur privé à la réalisation du projet et, partant, le transfert à ce secteur d'un certain nombre de risques. Quoique chaque projet s'inscrit dans un contexte propre et répond dès lors à un profil particulier de risque, une opération BOT peut être confrontée, de manière générale, à deux grandes catégories de risques que nous retiendrons pour la clarté de la présentation¹⁷⁴⁴. Il s'agit des risques généraux ou risques-pays (I) ainsi que des risques propres au projet envisagé, autrement dit, les risques-projet (II).

I- Les risques généraux ou risques-pays

625. Les risques-pays sont ceux liés l'environnement macroéconomique, sociopolitique et juridique du pays hôte de l'opération BOT¹⁷⁴⁵. Ces risques se subdivisent généralement en trois sous-catégories à savoir : les risques politiques et économiques (A) et les risques juridiques et environnementaux (B).

A- Les risques politiques et économiques

626. Les risques politiques sont considérés comme les plus importants auquel un projet BOT peut faire face. Ceux-ci peuvent en effet avoir une influence significative sur l'ensemble des autres paramètres et risques du projet et partant sur l'existence et la survie du projet lui-même¹⁷⁴⁶. Ces risques concernent notamment la situation politique extérieure et intérieure du pays hôte car, chaque transaction commerciale se déroule dans un contexte politique local et régional qui y exerce une influence significative¹⁷⁴⁷.

627. La situation politique extérieure du pays hôte comprendra au premier chef l'état de ses relations diplomatiques avec différents pays et organismes internationaux ou régionaux,

¹⁷⁴⁴ Il n'y a toutefois pas de cloisonnement entre ces deux catégories, certains risques apparaissant comme transversaux. Cette catégorisation est néanmoins celle également retenue par l'UNIDO (United Nations industrial development organization) : Cf. UNIDO BOT Guidelines, Vienna, 1996, p. 154 ; *adde* : Mohan M. Kumaraswamy and David. A. Morris "Build-Operate-Transfer-Type procurement in Asian megaprojects" in Journal of Construction Engineering and Management, March-April 2002, p. 94 où les auteurs se référant à Garvey distinguent entre : "project risks" (comprising development, design, construction, operation, finance, and revenue generation risks) and "global risks" (comprising political, legal, commercial and environmental risks).

¹⁷⁴⁵ Sur certaines dimensions du risque-pays considérées comme nouvelles, notamment après les crises mexicaines et thaïlandaises des années 1990, Cf. G. Longueville, « Les nouvelles dimensions du risque-pays » in Banque, octobre 1997, n° 585, p. 44 et s. L'auteur y analyse principalement les risques de marché (taux d'intérêt, taux de change, cours des actions et titres sur les marchés secondaires de dette souveraine) ainsi que les risques systémiques de contrepartie.

¹⁷⁴⁶ Pour M. Jeffrey Delmon, "(...) in some countries the perceived political risk inhibits or even prevents the financing of projects which otherwise might be viable". Toutefois, le risque politique tel qu'il est perçu par les investisseurs ne reflète pas toujours la réalité sur le terrain car comme le relève Paul Collier, "The problem for the reforming countries of the bottom billion is that the risk ratings take a long time to reflect turnarounds": Paul Collier, *The bottom billion – Why the poorest countries are failing and what can be done about it*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 89.

¹⁷⁴⁷ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 51.

un risque d'embargo par exemple étant susceptible de condamner un projet viable à tous autres égards. La situation politique intérieure concerne notamment la stabilité politique du pays hôte (ses institutions et leur fonctionnement ainsi que les conséquences d'éventuels dysfonctionnements tels les risques de guerre civile, de changement violent de régime...), l'attitude des autorités du pays hôte vis-à-vis des investissements privés, surtout étrangers (risques d'expropriation ou de nationalisation, d'annulation ou de refus de délivrance ou de renouvellement de permis, autorisations ou licences...).

628. En définitive, le succès d'un projet BOT passe indiscutablement par l'implication des autorités politiques locales voire régionales dans la mise en œuvre dudit projet. Une telle implication est par ailleurs susceptible d'entraîner l'adhésion des citoyens à la réalisation du projet, évitant ainsi tout risque social. La prise en compte et le traitement du risque politique devrait en principe contribuer à faciliter le traitement du risque économique.

629. Les risques économiques s'entendent surtout des risques macroéconomiques, lesquels sont susceptibles d'avoir un impact considérable sur les coûts et les revenus financiers du projet¹⁷⁴⁸. Sont principalement visés les risques d'inconvertibilité de monnaies, de fluctuation de leurs taux de change et/ou d'intérêts ou encore d'inflation, de même que les variations sur le marché international des prix de matières premières ou des intrants spécifiques¹⁷⁴⁹.

630. Au-delà de ces risques plus ou moins directement reliés au projet, il nous semble qu'il faille désormais prendre en compte les risques qui émanent des crises financières internationales, celles-ci ayant un impact considérable sur les projets de manière générale et spécialement sur ceux réalisés en BOT¹⁷⁵⁰. Ce dernier type de projets fait en outre face à des risques environnementaux et, en tant que montage, à des risques juridiques.

B- Les risques juridiques et environnementaux

631. Les risques du droit sont non seulement les risques proprement juridiques, dont principalement l'insécurité juridique, mais également les risques divers, économiques, sociaux ou autres qui peuvent être engendrés par le droit¹⁷⁵¹. L'ensemble de l'environnement juridique du pays hôte est ici concerné. Il s'agit alors de s'assurer de la capacité de ses institutions judiciaires et de son arsenal législatif à assurer des conditions transparentes, stables et prévisibles de nature à permettre la mise en œuvre de projets BOT.

632. D'un autre côté les risques environnementaux, et notamment les règles et normes édictées en ce domaine, doivent être prises en compte et intégrées dans la mise en œuvre du projet. Pour l'IFC par exemple, "(...) *Environmental due diligence for project finance is very much centered on seeking assurance that day-to-day operations will run smoothly during project design, construction, and operation. In turn, the project's bottom line will not be negatively affected by environmental risks*"¹⁷⁵². S'il appartient aux promoteurs du

¹⁷⁴⁸ Cf. en ce sens S. Kamarul Bakri, S. A. Bokharev, K. Vallyutham, N. S. Potty and N. Abu Bakar, "Risks and mitigation measures in Build-Operate-Transfer projects" in *Engineering and Technology* (World Academy of Science), 63, 2010, p. 220-221.

¹⁷⁴⁹ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 39.

¹⁷⁵⁰ Les crises financières asiatiques et latino-américaines des années 1997 ainsi que l'actuelle crise financière et économique qui sévit depuis 2008 en attestent.

¹⁷⁵¹ En ce sens Cf. F. Dekeuwer-Défossez (dir.), « Droit et risque », *Petites Affiches*, n° 178, sept. 2009, p. 7.

¹⁷⁵² IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 52.

projet d'intégrer les aspects environnementaux dans l'appréhension du projet, l'analyse semble révéler que ceux-ci ont une influence relative sur l'ensemble des risques-pays que nous venons de présenter. Par contre, leur action paraît plus significative en ce qui concerne les risques-projet.

II- Les risques-projet

633. Les risques du projet sont ce qu'il y a de plus spécifique dans le BOT. En effet, chaque projet connaît un profil de risque particulier et les risques-projets sont généralement envisagés suivant les phases qui forment le cycle d'un projet BOT. Il y aura dès lors à examiner les risques de développement et de conception-construction et démarrage (A) ainsi que les risques d'exploitation (B).

A- Les risques de développement et de conception-construction et démarrage

634. Les risques de développement sont généralement ceux associés au processus de préparation de l'appel d'offre ou de compétition préalable à la mise en place d'un BOT. Ces risques concernent principalement les promoteurs ou sponsors du projet ainsi qu'éventuellement les prêteurs impliqués dans la phase de développement. Ils peuvent résulter d'un montage inadéquat du projet, d'une perte de l'offre au profit d'un concurrent, d'une opposition des populations locales au projet ou encore de retards dans la planification ou l'approbation par les autorités des détails du projet. Tel est notamment le cas dans les projets internationaux de BOT dans lesquels les promoteurs doivent négocier avec les autorités d'au moins deux Etats¹⁷⁵³.

635. Les pertes résultant des risques de développement peuvent être d'autant plus importantes que le projet est d'envergure ou que le processus de développement s'étire en longueur. Le processus de développement peut en effet être long si la conception du projet requiert une grande sophistication ou des modifications dans le cours de l'offre. Il pourrait en être de même de la phase de conception-construction, laquelle est porteuse de risques récurrents et parfois aigus.

636. Les risques de conception-construction et de démarrage se situent dans la phase pré-opérationnelle et pèsent principalement sur les promoteurs du projet ainsi que sur les prêteurs impliqués dans cette phase. Dans la réalité toutefois, ces risques concernent tous les protagonistes du projet, lesquels ont tous intérêts à ce que celui-ci soit réalisé dans les délais, sous les conditions financières prévues et qu'il fonctionne conformément aux spécifications convenues¹⁷⁵⁴. La coordination de cette phase ne doit par conséquent pas être laissée au hasard d'autant plus que la construction apparaît comme un des domaines source de nombreux litiges et dans lequel la « loi de Murphy » s'applique, comme naturellement, de sorte que « si quelque chose doit mal se passer, cela arrivera »¹⁷⁵⁵.

637. Un premier risque peut résulter de la nécessité de modifier les spécifications techniques de la conception du projet. De telles modifications, dès lors qu'elles n'ont pas

¹⁷⁵³ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 156.

¹⁷⁵⁴ Cf. en ce sens L. Vandomme, « *'To time, to budget, to specification'* : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », in RDAI n° 8, 1999, p. 875 et s.; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and business of international project finance*, 3rd ed., 2008, op. cit. p. 28.

¹⁷⁵⁵ J.D. Macomber, "You can manage construction risks" in Harvard Business Review, March-April 1989, p. 160.

été initialement prévues, entraînent des surcoûts : le risque qui en découle est donc celui de dépassement des coûts initiaux (« cost overruns »)¹⁷⁵⁶. Un autre risque peut résulter du retard pris dans la construction des ouvrages nécessaires au fonctionnement du projet (« completion delays »), étant entendu que même des délais de retard mineurs peuvent compromettre la rentabilité du projet¹⁷⁵⁷. Dans ces deux premiers cas, la rentabilité du projet est menacée¹⁷⁵⁸ et de manière subséquente le retour sur investissement. Le projet dans son ensemble peut par ailleurs être fragilisé ou même échouer. Ces deux hypothèses de risques semblent fréquentes en pratique et l'on a relevé à titre d'illustration qu'aux USA, un projet sur trois est affecté par un dépassement des coûts ou des délais¹⁷⁵⁹. Par ailleurs, un autre risque est que la construction ne soit pas achevée. Dans ce cas de figure, les fonds investis dans un projet inachevé risquent d'être perdus tandis que les constructions à moitié terminées ne peuvent être d'aucune utilité.

- 638.** Les risques de démarrage constituent d'un autre côté une menace importante pour la viabilité et la rentabilité du projet¹⁷⁶⁰. En effet, le démarrage doit non seulement attester de ce que le projet est opérationnel, mais aussi et surtout que le projet fonctionne selon les spécifications et atteint le niveau de performance convenus. En général, les promoteurs du projet font peser ces risques sur le constructeur, lequel est non seulement tenu de fournir une garantie de performance, mais également supporte ce risque tant que les tests de performance ne sont pas achevés et la réception définitive du projet opérée. Pour rappel, le degré ou l'intensité des risques de conception-construction et démarrage dépend de chaque projet particulier. Ainsi par exemple peuvent-ils être particulièrement importants pour la conception-construction d'une centrale nucléaire tandis qu'ils sont moindres dans la construction de routes urbaines¹⁷⁶¹. Cette différence d'intensité du risque en fonction du projet en cause peut également se retrouver dans la phase d'exploitation, laquelle est également sujette à un certain nombre de risques.

B- Les risques d'exploitation

- 639.** Les risques d'exploitation peuvent résulter de différents facteurs comme par exemple d'une insuffisance de performance, de revenus, de matières premières et bien d'autres insuffisances voire également de coûts d'exploitation plus élevés que prévus. Ces risques ont été regroupés autour d'un certain nombre de catégories que nous examinerons très succinctement :

¹⁷⁵⁶ Pour d'autres causes de dépassement de coûts, Cf. L. Vandomme, « *'To time, to budget, to specification'* : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit. p. 884-885.

¹⁷⁵⁷ Sur les conséquences éventuelles d'un tel retard sur pour la société du projet: Cf. L. Vandomme, « *'To time, to budget, to specification'* : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 880.

¹⁷⁵⁸ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 157.

¹⁷⁵⁹ Cf. The Construction Industry Institute (CII), "Assessment of construction industry project management practices and performances", April 1990, cité par Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects" in ICLR, 1997, p. 189.

¹⁷⁶⁰ On distinguera l'achèvement physique ("physical completion") de l'achèvement financier ("financial completion"), ce dernier cas de figure visant la capacité du projet à générer suffisamment de cash flow de sorte à ce qu'un certain nombre de coûts soient couverts.

¹⁷⁶¹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 157.

◆-Les risques techniques et technologiques

640. La réponse à la question de savoir en quoi consiste techniquement le projet permet d'identifier, entre autres, les risques techniques et technologiques. Peut-être convient-il de rappeler que la technique s'apparente à un savoir-faire spécifique, une opération ou une pratique particulière, tandis que la technologie paraît plus globalisante et a trait à un ensemble de connaissances scientifiques et pratiques de procédés qu'il faut maîtriser afin de concevoir, d'élaborer et/ou transformer industriellement des objets¹⁷⁶². Ce qui est certain néanmoins c'est que ces deux dimensions se retrouvent généralement dans le BOT et sont source de risques réels ou latents. Les risques techniques ou technologiques peuvent en effet avoir leur source dans un défaut latent ou de conception des équipements du projet voire dans leur obsolescence. Ils peuvent s'avérer importants dans les projets qui font appel à une technologie sophistiquée et se traduiront par une impossibilité d'atteindre les niveaux de performance convenus par les parties¹⁷⁶³.

641. Si le risque est surtout de nouvelles technologies, l'utilisation de technologies éprouvées (« proven technologies »), quoique condition nécessaire aux yeux des prêteurs, ne paraît toutefois pas une condition suffisante pour écarter tout risque technologique¹⁷⁶⁴. Il subsiste à tout le moins un risque d'interface technologique (voir *infra* n° 643), d'autant plus que certains risques peuvent émaner d'un transfert incomplet ou d'une application inappropriée de technologie même éprouvée¹⁷⁶⁵. Bien plus, il existe des cas où seule une innovation technologique peut permettre la réalisation du projet et la réduction de son coût, le risque technologique devant dès lors être nécessairement intégré dans le montage du projet et sa mise en œuvre¹⁷⁶⁶. Les risques techniques ou technologiques présentent un caractère d'autant plus grave qu'il semble n'exister aucune méthode de couverture de tels risques¹⁷⁶⁷ et que ceux-ci apparaissent comme systémiques¹⁷⁶⁸, car alors associés à d'autres équipements.

◆-Les risques résultant d'infrastructures ou d'équipements associés

642. Ces risques sont présents dans les situations dans lesquelles d'autres équipements ou infrastructures, dont la construction est assurée par des tiers au projet, sont nécessaires pour la mise en service du projet. Ce peut être le cas de sorties ou d'entrées permettant de

¹⁷⁶² En ce sens Cf. C. Zagoh, *La maîtrise des risques dans les financements de projets*, op. cit. p. 134 ainsi que les références citées.

¹⁷⁶³ Le niveau de performance peut par exemple être relatif à la qualité de l'eau produite par une infrastructure de traitement d'eau ou encore un niveau spécifié de production d'électricité (X mégawatts) par une centrale électrique.

¹⁷⁶⁴ M. Kris Nielsen relève ainsi un risque d'écart technologique de plus en plus en grand entre les pays développés et ceux moins développés en raison d'une tendance à ne pas utiliser, dans ces derniers pays, les matériaux ou produits innovants afin de ne pas compromettre le retour sur investissement. Il en résulte un risque quant au cycle technologique du projet dont l'écart s'en trouve toujours agrandi entre les pays développés et ceux qui le sont moins : Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects" op. cit., p. 193-194.

¹⁷⁶⁵ Ibid., p. 195.

¹⁷⁶⁶ Cf. en ce sens J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing : the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 60 où ces auteurs citent comme projets ayant fait usage d'une innovation technologique le Viaduc de Millau en France ainsi que le "Rion Antirion bridge" en Grèce.

¹⁷⁶⁷ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 117.

¹⁷⁶⁸ Ils peuvent en effet être considérés comme des risques systémiques dans la mesure où il y a une propagation de leurs conséquences à l'ensemble et à chacun des participants au projet.

relier une autoroute au réseau routier national ou encore, dans le cas d'un projet électrique, des lignes de transmission de l'électricité de la centrale au réseau national ou local. De tels infrastructures ou équipements associés quoique ne faisant pas directement partie du projet BOT sont néanmoins nécessaires pour son fonctionnement harmonieux. Leur absence ou un retard dans leur construction sont susceptibles de rendre le projet non-opérationnel. Parce qu'ils doivent relier deux systèmes les risques liés aux équipements ou infrastructures associés peuvent en outre connaître des risques d'interface.

◆-Les risques d'interface

643. Les risques d'interface sont ceux qui peuvent résulter du fait de la nécessaire coordination à assurer entre les différents participants au projet ainsi que de la cohérence entre les différents domaines et sphères d'activités nécessaires à la réalisation du projet¹⁷⁶⁹. Il s'agit du risque qui résulte de l'association de compétences et de personnes différentes afin de contribuer à la mise en œuvre du projet. Il peut également s'agir du risque qui résulte de la répartition des risques entre parties – et partant – du risque associé à la gestion desdits risques¹⁷⁷⁰. Selon M. Jeffrey Delmon en effet, *“Each interface between the different project participants carrying out their project obligations involves a risk, either that the interface will not occur smoothly or that the works packages will not interface properly. This has been termed ‘organisational risk’ by Kris Nielsen”*¹⁷⁷¹. M. Kris Nielsen relève justement que: *“The gaps in information and proper application are causing incompatibilities in scope, quality and execution at the interfaces of the disparate elements of projects”*¹⁷⁷².

644. Les risques d'interface se présentent sous plusieurs formes et ceux communément identifiés dans les projets BOT sont, outre les interfaces sociaux et culturels ou idéologiques, relatifs aux technologies ainsi qu'aux constructions et autres modes opératoires utilisés par les participants au projet¹⁷⁷³. En ce qui concerne les interfaces dans le domaine des constructions, certains auteurs estiment que dans le cas – plutôt fréquent – où il existe plusieurs constructeurs dont chacun a la charge d'une partie de l'installation ou de l'ouvrage, le risque d'interface entre les différents constructeurs peut être très important et constituer une source de conflits interminables¹⁷⁷⁴. Les interfaces peuvent en outre se compliquer en raison de la diversité des participants au projet dès lors que ceux-ci ont des *backgrounds* culturels, sociaux ou techniques différents : il en résultera des divergences commerciales ou culturelles¹⁷⁷⁵. De telles divergences commerciales ou culturelles doivent par ailleurs être prises en compte dans le management de l'ensemble du projet.

¹⁷⁶⁹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 153: *“Project task sharing will result in areas of overlap called ‘interfaces’, where the project participants must act together or share together some action or obligation within the context of the performance of the project”*.

¹⁷⁷⁰ Ibid.: *“A project may involve risk interfaces, a sharing of a risk between project participants which involve an interface in the management of the risk”*.

¹⁷⁷¹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 154 ainsi que la référence à Kris Nielsen citée.

¹⁷⁷² Kris R. Nielsen, *“Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects”* op. cit., p. 194-195.

¹⁷⁷³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 154.

¹⁷⁷⁴ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 124. Pour ces auteurs, la « pire » (sic) des situations est celle dans laquelle aucun constructeur ne s'estime responsable de la réalisation d'une unité. Selon ces derniers, ce risque est en réalité un risque de coordination entre les constructeurs et de cohérence entre différents contrats de construction.

¹⁷⁷⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 154.

◆-Les risques de management

645. La qualité du management est considérée comme un facteur important de succès dans chaque projet BOT¹⁷⁷⁶. Les procédures et moyens techniques mis en œuvre pour assurer le management peuvent en effet constituer des facteurs de risques. Tel est également le cas en ce qui concerne le style de management, notamment lorsque celui-ci est le fait de managers étrangers¹⁷⁷⁷.
646. Le style de management est d'autant plus important pour la survie opérationnelle du projet que plusieurs nationalités, cultures et *background* y sont généralement impliqués¹⁷⁷⁸. Pour M. Kris Nielsen en effet: "*The trend is clearly toward multinational consortium participants, and with that comes a whole host of risk issues and the trend of intra-consortium risk. (...) Regional and cultural characteristics are further heightened by the inclusion of participants from the project locale*"¹⁷⁷⁹. Les risques de management peuvent d'un autre côté influencer la demande des produits/services (« outputs ») du projet, le niveau de demande étant généralement important pour la survie du projet.

◆-Les risques de demande

647. La plupart des projets BOT dont les revenus attendus dépendent du marché c'est-à-dire de l'offre et de la demande de ses produits ou services sont susceptibles de faire face à un risque de demande relatif soit au volume soit aux prix. Ce risque s'avère particulièrement présent dans l'hypothèse où la demande s'avère faible par rapport aux projections retenues initialement. Dans une telle hypothèse le taux de retour sur investissement du projet sera bas.
648. Evaluer la demande de produits ou services d'un projet semble assez difficile à réaliser dès le départ, alors même que la qualité de l'analyse du marché ainsi que les prévisions de revenus et de marges qui l'accompagnent ont une influence significative sur la rentabilité finale du projet¹⁷⁸⁰. Toute erreur d'estimation peut par conséquent conduire à l'échec du projet, d'autant plus qu'il semble difficile de se couvrir contre les risques du marché¹⁷⁸¹. Certains auteurs suggèrent dès lors que l'estimation de la demande soit effectuée sur des bases très prudentes, les prévisions en la matière ne constituant pas à ce jour une science

¹⁷⁷⁶ Cf. Lin Qiao, Shou Qing Wang, Robert L.K. Tiong and Tsang-Sing Chan, "Framework for critical success factors of BOT projects in China" in *The Journal of Project Finance*, spring 2001, p. 59.

¹⁷⁷⁷ Ibid. Ces auteurs relèvent ainsi que: "*In order to survive under the competitive global market, the trend is toward flat organization structure to enable quick response to market changes. As such, empowerment is the approach adopted by western companies. However, the employee maturity level has to be high before empowerment can be implemented effectively. In China, where employee maturity still has to be developed, a more authoritative style of management will be appropriate*".

¹⁷⁷⁸ Pour un exemple d'étude approfondie sur la question du management et de l'interculturalité dans un contexte africain, Cf. E. Kamdem, *Management et interculturalité en Afrique – Expérience camerounaise*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université de Laval/ L'Harmattan, 2002.

¹⁷⁷⁹ Cf. Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects" op. cit., p. 190-191. Cet auteur reprend ensuite dans un tableau les différents traits culturels qui pourraient augmenter les risques dans les consortia multinationaux formés entre des sociétés américaines, européennes et japonaises. Mis à jour, un tel tableau comprendrait certainement de nos jours un certain nombre de pays émergents tels le Brésil, la Chine, la Corée du Sud ou encore l'Inde.

¹⁷⁸⁰ En ce sens Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 45.

¹⁷⁸¹ Ibid.

exacte¹⁷⁸². En tout cas, le risque de demande est généralement perçu comme important dans les projets BOT¹⁷⁸³, sauf dans les hypothèses de monopole naturel ou lorsque la démonstration est faite d'un degré de très grande précision des modèles utilisés pour les prévisions de revenus. Même dans cette configuration, le projet peut encore faire face aux risques de fourniture.

♦-Les risques de fourniture

649. Dans la mesure où elles sont liées à la loi de l'offre et de la demande, les fournitures – de matières premières notamment – peuvent également susciter des risques pour certains projets. De tels risques se rapportent tant au volume qu'au prix des fournitures et peuvent être particulièrement critiques pour certains projets BOT : ce peut être le cas par exemple de l'uranium pour une centrale nucléaire.

650. Si la fourniture de matières premières s'avère insuffisante ou irrégulière par rapport aux besoins du projet, c'est la capacité du projet dans son ensemble, aussi bien en ce qui concerne sa production que ses revenus, qui sera remise en cause. Par ailleurs, une augmentation soudaine des prix de ces mêmes matières premières peut aussi avoir un impact négatif notable sur la rentabilité du projet. Le projet peut par ailleurs être mis en péril par certains événements difficilement contrôlables par les parties.

♦-Les risques de force majeure

651. Les risques de force majeure concernent tous les risques relatifs à des événements hors de contrôle des parties et qui ont pour effet d'empêcher celles-ci d'exécuter leurs obligations. Les événements de force majeure comprennent certains événements ordinaires ou exceptionnels entendus comme tels par les parties dans leur contrat. Il peut s'agir d'incendies, d'inondations, de tremblements de terre ou encore de guerres, de troubles civils ou de grèves. La prise en charge de tels événements de force majeure et des pertes résultant d'autres risques non assurables constitue une question épineuse dans le cadre du BOT et fait l'objet de la répartition globale de risques qui s'effectue entre parties. De manière générale, la prise en charge d'un risque, quel qu'il soit, suppose que celui-ci soit au préalable clairement identifié et analysé par les parties ou leurs experts.

SECTION II : L'IDENTIFICATION, L'ANALYSE ET LA RÉPARTITION DES RISQUES DANS LE BOT

652. Connaître l'ensemble des risques spécifiques relatifs à un projet ainsi qu'à son environnement constitue un préalable si l'on souhaite mener à bien ce projet. Il s'agirait même d'un préalable incontournable qui passe par l'étape d'identification et d'analyse des risques du projet (sous-section 1). Une fois identifiés et analysés, les risques doivent faire l'objet d'une prise en charge par les participants au projet, autrement dit, les risques doivent être répartis entre les différents protagonistes du projet (sous-section 2).

¹⁷⁸² J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing : the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 62.

¹⁷⁸³ L'IFC considère en effet qu'il s'agit d'une des causes fréquentes de difficultés pour les projets : IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 38.

Sous-section 1 : L'identification et l'analyse des risques du projet

653. L'identification et l'analyse des risques constituent le stade initial, et non moins crucial, de mise en œuvre d'un projet BOT. Dans la mesure où chaque projet se trouve dans un environnement propre, et partant, est unique en son genre, l'intensité ou le degré d'identification et surtout d'analyse des risques dépendront de chaque projet en cause. Il conviendra par conséquent d'identifier tout d'abord les risques propres au projet (I) pour ensuite procéder à leur analyse (II).

I- L'identification des risques

L'identification des risques d'un projet est tributaire de la nature et de l'environnement dudit projet (A) mais doit demeurer systématique quel que soit le projet (B).

A- L'identification des risques est tributaire de la nature et de l'environnement du projet en cause

654. Compte tenu de la spécificité de chaque projet et de l'environnement dans lequel il se déroule, l'identification des risques d'un projet ne peut véritablement s'effectuer qu'*in concreto*. Selon M. Jeffrey Delmon en effet: *"It should be noted that considering risks in isolation is often unsatisfactory and does not provide a complete view of the project requirements. The nature of the project participants and the project will have a fundamental impact on the risks encountered and their allocation"*¹⁷⁸⁴. D'un autre côté, l'identification des risques est essentiellement tributaire de l'information pertinente se rapportant à chaque risque. Or, une telle information peut ne pas exister, exister mais être très coûteuse ou très laborieuse à obtenir ou encore être disponible mais est inexacte ou considérée comme telle ou encore mal interprétée. Bien plus, certains risques requièrent une importante quantité d'informations techniques afin d'être identifiés puis analysés. Tel est le cas par exemple des risques liés aux sols dans les projets où des constructions doivent être érigées¹⁷⁸⁵.

655. L'information pertinente se rapportant aux risques semble par conséquent cruciale pour leur identification et l'on a même considéré qu'une information inexacte ou mal interprétée peut être plus trompeuse, voire même plus néfaste, qu'une information indisponible¹⁷⁸⁶. Bien plus, il semble qu'il faille s'incliner devant le fait que l'insuffisance d'information fait inévitablement partie de l'identification et de l'analyse subséquente du risque¹⁷⁸⁷. En tout état de cause l'identification ne doit négliger aucun risque même mineur en apparence.

B- L'identification des risques doit être systématique

656. L'identification des risques, quoique propre à chaque projet et à son environnement, doit toutefois être systématique. Elle prendra par conséquent en compte l'ensemble des risques, quels qu'en soient la nature et le degré d'importance. Il ne semble en effet pas

¹⁷⁸⁴ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 128.

¹⁷⁸⁵ La nature du sol sur le site des constructions a en effet une influence directe sur le coût et la durée des constructions ainsi que de leur conception.

¹⁷⁸⁶ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 15 qui cite Will Rogers (1879-1935) qui affirmait: *"It's not what we don't know that gives us trouble, it's what we know that ain't so"*.

¹⁷⁸⁷ Ibid. p. 16.

possible de gérer efficacement les risques si ceux-ci ne sont pas clairement et systématiquement identifiés. De fait, certains auteurs ont relevé que: *“In many cases, unfavorable outcomes resulted out of the events which had not been identified as risk factors. In order to eliminate such failures, the identification must be implemented in such a way as to minimize the number of unidentified risk factors”*¹⁷⁸⁸.

657. Il convient toutefois de relever que l’identification des risques est également une question d’angle d’attaque : les prêteurs par exemple n’envisagent pas tel risque de la même manière que les promoteurs du projet¹⁷⁸⁹. On relève par ailleurs que même les experts aboutissent à des vues différentes quant à l’identification de risques, en fonction du prisme sous lequel la question a été envisagée¹⁷⁹⁰. De plus, une autre difficulté vient de ce que l’identification des risques doit être réalisée pour chaque projet en cause, ce qui est consommateur de temps alors même qu’il paraît difficile d’identifier un par un par tous les risques potentiels d’un projet¹⁷⁹¹. Par conséquent, une méthode d’identification des risques par niveaux pourrait servir de guide pour procéder à un recensement systématique. Deux schémas illustratifs sont proposés ci-dessous à cet effet.

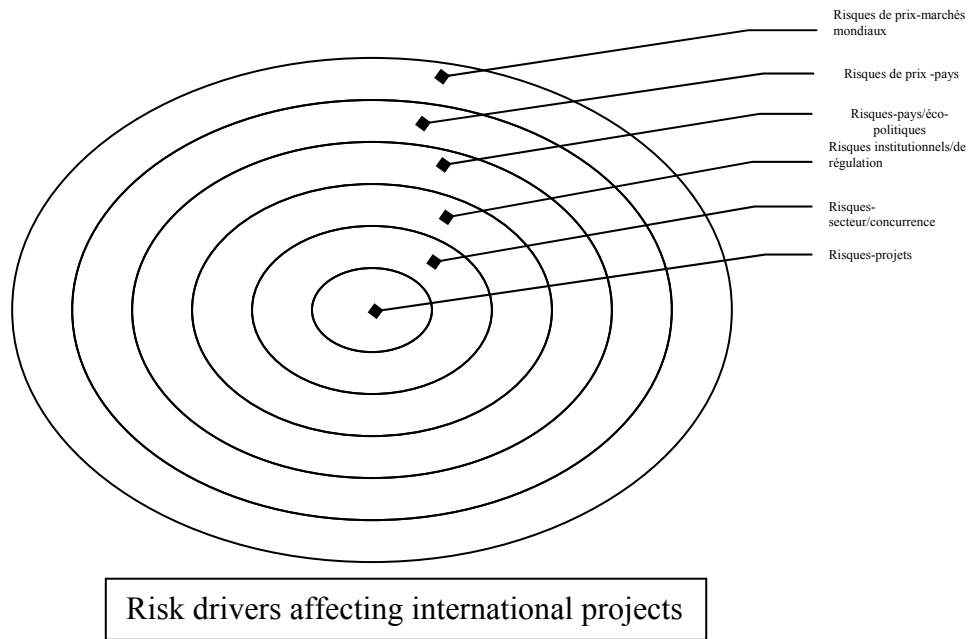
658. Premier schéma illustratif : matrice des risques en forme de cercles concentriques :

¹⁷⁸⁸ Cf. P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko “Risk management in build-operate-transfer projects” in *International Journal of Risk Assessment and Management*, Vol. 3, n° 2/3/4, 2002, p. 280-281. Ces auteurs précisent que: *“Questionnaire surveys and interviews incorporating a brainstorming technique and Delphi technique can be employed in the identification stage”*.

¹⁷⁸⁹ Cf. en ce sens J.-M. Loncle, « Le transfert de risques des projets PFI » in RDAI, n° 2, 2000, p. 144 ; *adde* pour une analyse approfondie des divergences de vues entre financiers et constructeurs en matières de risques : P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers” in *The International Construction Law Review*, 1997, p. 7 et s. A titre d’illustration, l’auteur relève ainsi en page 19 que: *« While project financiers and contractors both seek to analyse and allocate construction risk, and may have many aims in common, at the end of the day, they are both talking about fundamentally different things. (...) To the project lender, the construction contract is but one of a number which go to ensure and protect the cash flow”*.

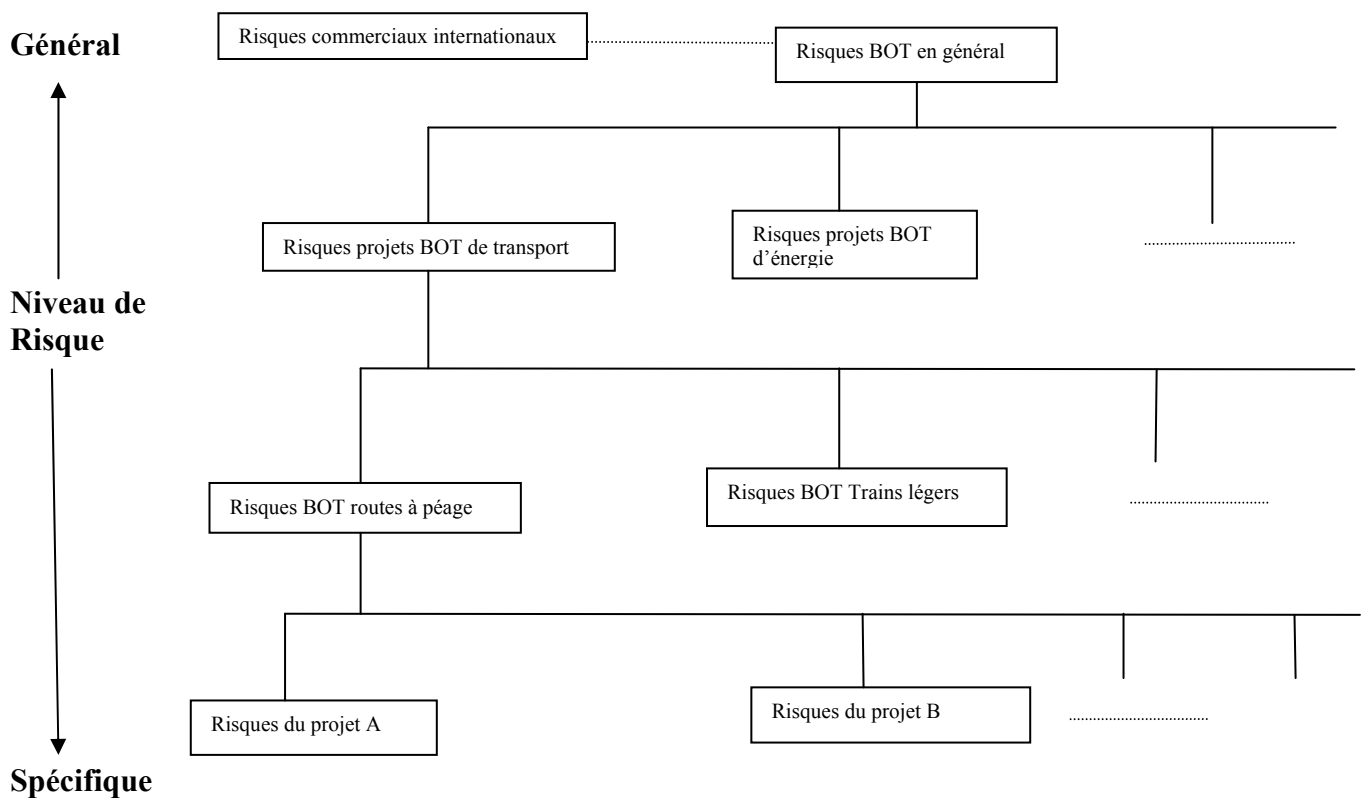
¹⁷⁹⁰ Wen Lian “Risk management for Build-Operate-Transfer infrastructure projects in China”, School of Economics, Wuhan University of Technology, paper n° 200631.

¹⁷⁹¹ Cf. P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko “Risk management in build-operate-transfer projects” op. cit. p. 281.



Source: Donald R. Lessard "Incorporating country risk in the valuation of offshore projects" in *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 9, n° 3, fall 1996, p. 54.

659. Deuxième schéma illustratif: identification des risques du niveau général au niveau spécifique :



Source: P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N.Takehiko, “Risk management in build-operate-transfer projects”, in Int. J. Risk Assessment and Management, vol. 3, n° 2/3/4, 2002, p. 281.

660. Un recensement des risques ainsi que de leurs attributs (i.e. risque général ou spécifique, dynamique ou statique...) réalisé sur les bases ci-dessus présentées offre de meilleures chances de systématisation. Un tel recensement pourrait aboutir à l'établissement d'une liste de l'ensemble des risques liés au projet envisagé ainsi qu'à son environnement. Une telle manière de procéder pourra par la suite permettre la gestion effective et efficace desdits risques après leur analyse, laquelle doit être tout aussi systématique.

II- L'analyse des risques

661. L'analyse du risque a été considérée comme étant plus importante que le risque lui-même¹⁷⁹² et comme constituant par ailleurs une première étape dans sa maîtrise¹⁷⁹³. C'est dire combien cette étape est cruciale dans la mise en œuvre d'un projet BOT. En effet, seule une analyse rigoureuse des risques permettra de faire naître un projet viable et rentable, satisfaisant pour l'ensemble des parties impliquées dans l'opération. L'analyse des risques est classiquement technique et se traduit par une combinaison de méthodes quantitative et qualitative (A). Une telle analyse technique n'assure cependant pas un risque zéro, preuve que cette méthode connaît des limites (B).

A- L'analyse technique : la combinaison des aspects quantitatif et qualitatif

L'analyse technique combine en pratique les aspects quantitatif et qualitatif¹⁷⁹⁴. Toutefois et par souci de clarté, nous examinerons ces deux aspects séparément. L'aspect quantitatif sera d'abord présenté (1) suivi par l'aspect qualitatif (2).

1- L'aspect quantitatif de l'analyse technique du risque

662. L'analyse quantitative du risque consiste en l'évaluation de la probabilité de sa survenance ainsi que de l'impact probable de cette survenance¹⁷⁹⁵. Elle repose par conséquent sur deux composantes : d'une part, elle exprime la possibilité de la survenance d'un événement adverse mesurée en termes de probabilité, généralement sous la forme mathématique, telle qu'elle dérive de sa survenance passée (par exemple le risque qu'un tremblement de terre se produise à un endroit précis et à un moment donné) et, d'autre part, elle exprime la conséquence probable de la survenance de l'événement adverse mesurée en termes d'intensité de son impact (par exemple l'effet du tremblement de terre précité sur un immeuble donné).

¹⁷⁹² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 2.

¹⁷⁹³ Cf. J.D. Macomber, “You can manage construction risks” in Harvard Business Review, March-April 1989, p. 158.

¹⁷⁹⁴ Un éventail de méthodes concrètes d'analyses est dressé dans un tableau par P.K. Dey, S.O.Ogunlana and N.Takehiko “Risk management in build-operate-transfer projects” op. cit., p. 275-276 où l'on peut relever entre autres méthodes: “Influence diagram”, “Monte Carlo simulation (MCS)”, “PERT”, “Sensitivity analysis”, “MCDM”, “AHP” etc. ; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 46.

¹⁷⁹⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 2.

663. La méthode quantitative permet dès lors que le risque soit mesuré¹⁷⁹⁶ en termes d'un ensemble de coûts probables à supporter à savoir: outre le coût financier, le coût d'allocation des ressources, de réputation, de gestion du temps, de frais généraux ainsi que de l'impact émotionnel ou psychologique de la survenance du risque¹⁷⁹⁷. Cet ensemble de coûts à prendre en compte dans l'évaluation quantitative du risque a conduit à monétiser le risque. Il paraît en effet plus aisé d'allouer une valeur monétaire à la probabilité de la survenance d'un risque ainsi qu'à l'intensité probable de son impact. Toutefois, le fait même d'allouer une valeur monétaire à un risque implique dans une mesure certaine une appréciation subjective. C'est sur une telle appréciation que repose l'aspect qualitatif de l'analyse technique du risque.

2- L'aspect qualitatif de l'analyse technique du risque

664. L'analyse qualitative ou la perception du risque relève d'expériences individuelles passées, de l'intuition ainsi que des biais personnels¹⁷⁹⁸. On a relevé que nos expériences individuelles sont basées sur la perception d'événements uniques – lesquels ne sont pas nécessairement reliés entre eux – et que, néanmoins, nous extrapolons à partir de tels événements de sorte à créer une abstraction que nous relions aux expériences futures¹⁷⁹⁹. Autrement dit, nous tirons d'un événement ou d'une expérience unique un concept de généralisation applicable à d'autres circonstances ou situations et, dans la plupart des cas, l'événement ou la circonstance que nous associons est souvent relié – ou à tout le moins perçu comme tel – à l'expérience ou l'événement unique original dans le but de justifier cette généralisation.

665. Le procédé d'association d'un événement nouveau avec l'événement original dépend toutefois entièrement de la perception de chaque individu, d'où la difficulté qui apparaît dans ce processus et découle de l'application de l'abstraction à un événement séparé et entièrement indépendant de l'original¹⁸⁰⁰. Cette difficulté a fait l'objet de nombreux débats entre philosophes¹⁸⁰¹ et on peut en retenir en fin de compte que l'évaluation qualitative est tributaire de notre condition humaine. De plus, les limites de l'information disponible pour effectuer une évaluation quantitative objective affecte l'individu et révèle ainsi les limites de l'analyse technique du risque.

B- Les limites de l'analyse technique du risque

666. Comme nous venons de le voir, l'aspect quantitatif de l'analyse technique du risque aboutit à monétiser le risque. La valorisation monétaire du risque se fait généralement sur la base de deux procédés : d'une part, la volonté de payer – autrement dit ce qu'une personne est prête à payer pour le gain qui découle de la prise du risque – et, d'autre part,

¹⁷⁹⁶ Pour une présentation historique de l'approche mathématique ou scientifique du risque, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 5-9 ; *adde* : J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 21-24.

¹⁷⁹⁷ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 2.

¹⁷⁹⁸ Ibid.

¹⁷⁹⁹ Ibid. dans le même sens.

¹⁸⁰⁰ Selon M. Jeffrey Delmon en effet: "This application will require adjustment of the abstraction to compensate for contextual and factual differences between the original event and the related event. This adjustment will rely heavily on assessment of the related event, understanding of the original event and the ability to identify the differences between the two": J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 3.

¹⁸⁰¹ Pour le point sur ces débats, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 3-4.

la volonté de supporter la perte éventuelle – autrement dit ce que le perdant est prêt à accepter en compensation de la perte. Il s'agit en clair d'opérer une analyse coûts-bénéfices, opération extrêmement délicate à réaliser (1). Par ailleurs, nous avons également vu que l'aspect qualitatif de l'analyse technique est tributaire de notre condition humaine faite d'une part, d'une certaine aversion au risque et, d'autre part de biais cognitifs de tous ordres (2) ce qui relativise encore plus l'analyse technique du risque.

1- Les limites tenant à la nécessité de réaliser une analyse coûts-bénéfices

667. Le procédé de l'analyse coûts-bénéfices a déjà été évoqué au sujet des projets publics dans le chapitre préliminaire (Cf. *supra* n° 174). Nous avons ainsi vu que l'analyse coûts-avantages ou l'analyse coûts-bénéfices est une technique d'évaluation, en termes d'une mesure monétaire commune, des avantages (bénéfices) et inconvénients (coûts) sociaux d'un ou d'un ensemble de projets publics, afin d'en déterminer l'utilité pour la collectivité¹⁸⁰². Cette technique permet, dans ce contexte précis, d'identifier et d'évaluer en termes monétaires un projet, ainsi que d'en comparer toutes les conséquences économiques.

668. Nous avons toutefois vu que cette méthode connaissait une limite importante en ce que les projets soumis à l'analyse coûts-avantages ne doivent pas être très complexes et être délimités.¹⁸⁰³ Or, opération par essence complexe, l'analyse coûts-bénéfices doit ici s'appliquer au BOT et précisément aux risques inhérents à ce type d'opérations. Une telle analyse se complique davantage par le fait que le résultat de l'analyse peut varier en fonction de la méthode utilisée, outre la difficulté de quantifier l'impact du risque en termes monétaires¹⁸⁰⁴.

669. Par ailleurs, l'analyse coûts-bénéfices pose en réalité la question de l'utilité puisqu'elle suppose comme mentionné, de prendre en compte tant la volonté de payer pour le gain que la volonté d'accepter et de supporter la perte qui peut éventuellement découler de la prise d'un risque. Bernouilli, qui fut un des premiers à faire application de la très controversée¹⁸⁰⁵ théorie de l'utilité dans le domaine de l'analyse des risques, estimait déjà que « *Le monde est plein de choses désirables mais, la somme qu'une personne est prête à payer pour celles-ci diffère d'une personne à l'autre* »¹⁸⁰⁶. Ainsi, lorsqu'une personne analyse le coût de prise en charge d'un risque, l'évaluation du niveau acceptable d'un tel coût est purement subjective. Pour Mme Jenny Steele au demeurant, dans tout débat concernant le risque, on doit se rappeler que **toute** analyse du risque peut être considérée par essence évaluative¹⁸⁰⁷. Or selon cet auteur, en dehors des divergences de vues sur ce qu'est la probabilité, la reconnaissance de deux aspects à l'élément évaluatif du risque est admise depuis longtemps : d'une part, une valeur est attribuée aux conséquences possibles

¹⁸⁰² En ce sens, L. Weber, *L'Etat, acteur économique. Analyse économique du rôle de l'Etat*, op. cit., p. 325.

¹⁸⁰³ Ibid. p. 326.

¹⁸⁰⁴ Cf. en ce sens P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko "Risk management in build-operate-transfer projects" op. cit., p. 282.

¹⁸⁰⁵ Pour une présentation synthétique de l'historique de la théorie de l'utilité ainsi que les controverses qui l'ont entourées, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 9-12.

¹⁸⁰⁶ D. Bernouilli, "Papers of the Imperial Academy of Sciences in St. Petersburg", 1738, cité par J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 9.

¹⁸⁰⁷ "(...) but in any argument about the uses of risk, it should be remembered that all risk assessment can be said to be evaluative to the core": J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 24 (l'expression "all" est soulignée par l'auteur).

de la survenance du risque et, d'autre part, il y a l'aversion de la perte¹⁸⁰⁸. Ceci nous conduit à examiner le second volet des limites à l'analyse technique du risque.

2- Les limites tenant aux biais cognitifs et à l'aversion du risque/de la perte

670. « *Risk like beauty, lies in the eye of the beholder* »¹⁸⁰⁹ : telle pourrait être résumée la limite de l'analyse technique du risque relevant du biais cognitif. Selon M. Jeffrey Delmon en effet, chaque individu évalue le risque à travers ses propres filtres dès lors que le risque est, par nature, subjectif et personnel¹⁸¹⁰ et ne peut en outre être décontextualisé ou désocialisé¹⁸¹¹. Le filtre utilisé par chaque individu pour évaluer le risque est protéiforme et dépend de nombreux aspects liés tant à la personne qu'à son environnement : c'est le cas par exemple d'éléments parfois contradictoires tels les réseaux sociaux, les influences culturelles, les traits personnels ou encore les exigences organisationnelles¹⁸¹².
671. Par ailleurs, l'évaluation du risque suppose la combinaison de la probabilité des conséquences d'un événement adverse avec le « coût » de telles conséquences. Or, le coût est une question subjective de sorte qu'il faudrait généralement garder à l'esprit que toute évaluation du risque, quel qu'en soit le contexte, « *dépend de l'attribution aux conséquences potentielles du risque non seulement de probabilités mais également d'une valeur* »¹⁸¹³. Le surprofit lié à l'assomption de risques serait d'autant plus significatif qu'un certain nombre de facteurs doivent être réunis à savoir : la présence d'attitudes divergentes vis-à-vis du risque, l'existence d'asymétries d'informations, la réalisation de stratégies qui se déroulent sur plusieurs périodes ou encore des erreurs d'anticipation de la part des agents¹⁸¹⁴.
672. Quant à l'aspect aversion de la perte, elle part de l'idée de l'aversion du risque qui veut que l'on ne prenne pas de risque même lorsque la valeur espérée de ses conséquences peut être positive. L'illustration la plus communément exposée de cette idée se trouve dans le domaine de l'assurance : souvent pour le client, l'événement contre lequel il s'assure représente une perte dont le poids aux yeux de l'assuré est supérieur à l'espérance mathématique. Pour certains auteurs en effet, au-delà de l'aversion du risque se profile dans la réalité l'aversion de la perte : lorsque nous analysons le risque sous la perspective d'une perte potentielle, nous paraissions réticents à prendre un tel risque tandis que lorsque le risque est analysé sous la perspective d'un gain potentiel, nous semblons plus prompts à prendre un tel risque ce d'autant plus que nous préférierions risquer volontiers ce que nous

¹⁸⁰⁸ Ibid.

¹⁸⁰⁹ Andrews, "Upside, Downside : How to take the stress out of business risk" (1987) cité par J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 17.

¹⁸¹⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 17; *adde*: IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 39: "In addition, risk has a subjective quality. What represents an unacceptable risk to one investor may be routine or manageable for another, depending on their prior experience and knowledge".

¹⁸¹¹ Douglas and Wildavsky, « Risk and culture : an essay on the selection of technical and environmental dangers » (1982) cité par J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 17.

¹⁸¹² Pour une étude détaillée de ces éléments et bien d'autres, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 17- 37.

¹⁸¹³ "But at any level, it should always be remembered that any assessment of risks, no matter the context, **should depend on the ascription of value, not just probabilities, to potential outcomes**": J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 25 (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁸¹⁴ Cf. en ce sens T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », op. cit., p. 296 ainsi que les références citées.

pourrions avoir que ce que nous avons déjà¹⁸¹⁵. De surcroît, M. Tversky affirme qu'un des moteurs de l'être humain est l'aversion de la perte car les gens n'aiment pas perdre¹⁸¹⁶. L'aversion de la perte serait-elle par conséquent le moteur du BOT ? C'est à souhaiter... En tout cas, les risques qu'une telle opération comporte doivent après identification et analyse être répartis entre les différents participants au projet.

Sous-section 2 : La répartition des risques dans le cadre du BOT

673. La répartition des risques après leur identification et leur analyse est une étape clé dans la mise en œuvre du BOT. En effet, une mauvaise répartition des risques peut être cause de nombreux litiges, d'augmentation des coûts et, au pire, de l'échec du projet. Par conséquent de nombreuses méthodes et techniques ont été développées dans le but de permettre une répartition efficace des risques du projet entre les différents participants. Une telle répartition devrait en principe améliorer la performance du projet et se traduire par une amélioration subséquente de la qualité des travaux, une réduction de la durée de mise en œuvre du projet ainsi qu'une réduction de son coût global. Les méthodes et techniques développées à cet effet sont toutes fondées sur le principe cardinal de la répartition optimale des risques entre les différents participants (I). Néanmoins, on a remarqué que d'autres forces ou logiques commandent en pratique la répartition des risques (II).

I- La répartition optimale des risques : principe théorique cardinal

674. La répartition optimale des risques d'un projet BOT est susceptible d'entraîner une réduction du coût total du projet et d'asseoir une coopération bénéfique entre parties à l'opération¹⁸¹⁷. A cet effet, une telle répartition doit être fondée sur deux principes économiques fondamentaux applicables à tout échange de biens¹⁸¹⁸ à savoir, d'une part, la théorie fondamentale de l'échange (A) et, d'autre part, la théorie générale de l'équilibre compétitif (B).

A- La répartition des risques suivant la théorie fondamentale de l'échange

675. Dans une économie de marché, les individus font des échanges c'est-à-dire qu'ils se répartissent entre eux les tâches de sorte que chaque personne fournit un bien ou un service que les autres désirent en échange de différents biens et services qu'elle désire elle-même en retour. L'existence même de l'économie – et non de nombreux individus autosuffisants – est justifiée par le fait qu'il y a des gains à l'échange, ces derniers étant notamment dus à la spécialisation c'est-à-dire à une situation dans laquelle chaque personne s'engage à faire ce qu'elle sait faire de mieux¹⁸¹⁹. La spécialisation est par ailleurs une source d'avantages comparatifs. En effet, une personne a un avantage comparatif dans la production d'un bien ou d'un service si le coût d'opportunité (sur la notion de coût d'opportunité voir *supra* n° 441) de la production de ce bien est plus faible

¹⁸¹⁵ Kahneman and Tversky, "Prospect theory : An analysis of decision under risk" in *Econometrica*, 47, 1979, 263-291 cités par J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 19 et par J. Steele, *Risks and legal theory*, op. cit., p. 28.

¹⁸¹⁶ Tversky, "The Psychology of risk" in Sharpe (ed.), *Quantifying the market risk premium phenomenon for investment decision-making*, 1990, cité par J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 20.

¹⁸¹⁷ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 40.

¹⁸¹⁸ Cf. en ce sens J. G. Maue, "Common contractual risk allocations in international power projects", in *Columbia Business Law Review*, vol. 37, 1996, p. 38.

¹⁸¹⁹ En ce sens Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 44.

pour cette personne que pour les autres¹⁸²⁰. Dès lors, tant que les individus ont des coûts d'opportunité différents, « *Tout le monde a un avantage comparatif dans quelque chose, et tout le monde a un désavantage comparatif dans quelque chose* »¹⁸²¹. Par conséquent, seul l'avantage comparatif – et non l'avantage absolu – est un fondement du gain mutuel. Cette idée des avantages comparatifs, lesquels fondent en fin de compte l'échange, s'applique à beaucoup d'activités dans une économie, notamment dans le cadre du commerce international¹⁸²².

676. Dans le cadre du BOT, l'application de la théorie fondamentale de l'échange postule que la répartition du risque soit faite sur la base de la capacité de chaque partie à l'opération à contrôler ou gérer tel ou tel risque¹⁸²³. Il en résulte que chaque risque sera attribué à la partie qui a, d'une part, un avantage comparatif dans la prise en charge de ce risque et, d'autre part, un contrôle sur ce risque¹⁸²⁴. Pour l'Association américaine d'ingénieurs civils en effet, les principes devant régir la répartition des risques comprennent entre autres le fait que :

- “ *Risks belong with those parties who are best able to evaluate, control, bear the cost, and benefit from the assumption of risks;*
- *Many risks and liabilities are best shared*”¹⁸²⁵.

677. Ce critère de répartition basé sur la théorie fondamentale de l'échange paraît cependant insuffisant à assurer une répartition optimale du risque¹⁸²⁶. Cette répartition doit également se faire suivant la théorie générale de l'équilibre compétitif.

B- La répartition des risques suivant la théorie générale de l'équilibre compétitif

678. Suivant la théorie générale de l'équilibre compétitif, la quantité optimale d'une activité est la quantité qui génère le gain net total possible maximum c'est-à-dire en d'autres termes que la quantité optimale est atteinte quand le bénéfice marginal est égal au coût marginal¹⁸²⁷. Certains auteurs estiment en effet que pour les décisions les plus difficiles à

¹⁸²⁰ Ibid. p. 77. L'avantage comparatif est ainsi différent de l'avantage absolu dans une activité, cette dernière hypothèse se traduisant par une situation dans laquelle une personne peut mieux mener une activité que les autres personnes.

¹⁸²¹ En ce sens Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 79 (partie de phrase soulignée par l'auteur).

¹⁸²² Cf. en ce sens J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 37.

¹⁸²³ J. G. Mauel, “Common contractual risk allocations in international power projects” op. cit. p. 38.

¹⁸²⁴ R. J. Smith, “Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices” in *The International Construction Law Review (ICLR)*, 1995, p. 46 ainsi que la référence citée.

¹⁸²⁵ American Society of Civil Engineers, *Construction risks and liability sharing*, Volume II, 1980, 2 cité par R. J. Smith, “Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices” op. cit. p. 45. *Comp.* avec les “*Abrahamson Principles*” développés par le professeur australien Max Abrahamson et qui consistent en cinq critères applicables à toute répartition de risques: Cf. P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers” op. cit., p. 8.

¹⁸²⁶ Ce critère a néanmoins les faveurs d'un auteur qui indique que: « *En réaffirmant que la charge du risque n'est pas seulement un coût mais qu'elle doit avoir un « sens » en étant supportée par celui qui en a la maîtrise, il s'agit de rendre ou de faire acquérir au risque un contenu juridique* » : G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », in *RIDE*, 1990, p. 202.

¹⁸²⁷ Cf. P. Krugman et R. Wells, *Microéconomie*, op. cit., p. 416-417. Il est à préciser que le coût marginal d'une activité est le coût supplémentaire associé au fait de fournir une unité supplémentaire de cette activité tandis que le bénéfice marginal d'un bien ou d'un service est le bénéfice additionnel qui découle de la production d'une unité supplémentaire de ce bien ou service.

prendre, il ne s'agit pas de savoir s'il faut faire ou ne pas faire une chose, mais de savoir s'il faut en faire un peu plus ou un peu moins¹⁸²⁸.

679. Appliquée au BOT, la théorie générale de l'équilibre compétitif postule que la répartition du risque doit être faite de sorte que le coût marginal pour la partie qui prend en charge un risque soit égal au bénéfice marginal que retire l'autre partie à la suite de la prise en charge dudit risque¹⁸²⁹. M. John G. MaueI estime par conséquent que: *"Because of the variety and gravity of the risks and the disparity between the ability of the different project participants to control the risks, proper risk allocation can be used as a significant tool for enhancing the financial viability of the project by shifting each risk to the party with the lower marginal cost of bearing or mitigating the risk"*¹⁸³⁰.

680. Relevant les conceptions qui président au traitement des risques, un auteur remarque que: *"Towards the other end of the philosophical spectrum are some of the major public owners with expansive (and expensive) construction programs (typically urban infrastructure) who have concluded that the proper sharing and allocation of risk is cost effective"*¹⁸³¹. Ceci est d'autant plus justifié que selon l'Association américaine d'ingénieurs civils, chaque risque a un coût associé et inévitable qu'il faut nécessairement prendre en compte quelque part dans le processus du traitement des risques¹⁸³². Au final, le principe de la répartition optimale du risque fondé, d'une part, sur la théorie fondamentale de l'échange et, d'autre part, sur la théorie générale de l'équilibre compétitif demeure cependant un cadre théorique, lequel connaît des limites du fait de certaines forces et logiques qui, en pratique, commandent la répartition des risques.

II- Les limites pratiques du principe de la répartition optimale du risque

681. Le principe de la répartition optimale du risque est et demeure avant tout un cadre théorique idéal pour les parties. Pour cette raison, certains auteurs affirment que, à la différence de ce que prédit le discours économique pur, il n'y a pas de solutions optimales à la répartition des risques d'exécution¹⁸³³. En pratique, la répartition du risque dans le BOT semble obéir à d'autres logiques et/ou est commandée par d'autres forces. Ainsi observe-t-on que la répartition du risque se réalise en fait suivant le pouvoir de marchandage ou de négociation commerciale des parties (A), ce qui ne laisse pas de poser la question de l'optimalité voire même de l'équité¹⁸³⁴ d'une telle répartition et conduit à suggérer à cet effet la quête d'un nécessaire équilibre (B).

¹⁸²⁸ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} éd. (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 39.

¹⁸²⁹ J. G. MaueI, "Common contractual risk allocations in international power projects" op. cit. p. 38: *"The general theory of competitive equilibrium suggests that a risk should be shifted until marginal cost to the risk bearer of bearing the risk is equal to the marginal benefit to the risk shifter of shifting the risk"*.

¹⁸³⁰ Ibid. p. 39.

¹⁸³¹ R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 44.

¹⁸³² American Society of Civil Engineers, *Construction risks and liability sharing*, volume II, 1980, 2 cité par R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 45.

¹⁸³³ Cf. en ce sens T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », op. cit. p. 310. Ces auteurs indiquent d'ailleurs que plutôt que de parler de solutions optimales, ils préfèrent parler d'arbitrages entre contraintes plurielles (p. 311).

¹⁸³⁴ Pour Jeffrey Delmon: *"The concept of fairness, though it should not be allowed to dominate the question of allocation of risk, is an essential element in such considerations"*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 44.

A- L'influence significative du pouvoir de marchandage ou de négociation commerciale dans la répartition du risque

682. On a remarqué qu'en pratique, les risques du BOT tendent à être répartis sur la base de la force de négociation commerciale des participants au projet¹⁸³⁵. Cette situation entraîne comme conséquence que la partie la plus forte est susceptible de se délester des risques qu'elle ne souhaite pas prendre en charge au détriment de la partie la plus faible¹⁸³⁶. A titre d'illustration, un auteur a relevé au sujet du contrat de construction que, lors des négociations contractuelles, les risques sont essentiellement poussés vers les constructeurs car affirme-t-il : « (...) *How many 'principals' or 'project sponsors' have changed financiers because their contractor cannot accept a deal driven by the financier ? The reality often is that it is easier to find a new contractor than a new financier* »¹⁸³⁷.

683. Une telle répartition pratique des risques ne pourrait toutefois pas permettre une gestion effective et efficace de ceux-ci. Elle est en outre susceptible d'avoir un impact négatif sur l'ensemble du projet, et partant, tant sur la partie la plus forte que sur la partie la plus faible¹⁸³⁸. En effet, comme l'a relevé M. Robert J. Smith qui cite un rapport relatif au contrat de construction : *"Traditionally the owner and contractor each strive to obtain terms most favorable to themselves. In the heat of negotiations, the parties can easily overlook an important consideration – the cost of the victory. When one party minimizes the risk that it retains, the overall project cost is often increased to cover risk financing and/or transfer by an amount greater than is necessary because the risks are not optimally allocated among the parties"*¹⁸³⁹. La réussite d'une opération BOT impose par conséquent de trouver un équilibre dans la répartition du risque.

B- La nécessité de réaliser un équilibre dans la répartition du risque du BOT

684. Comme nous venons de le voir, le risque doit en principe être réparti de manière optimale dans le cadre du BOT, ce qui ne semble nullement être le cas en pratique dans la mesure où une telle répartition est dominée par le pouvoir de marchandage des parties. Une telle pratique n'est toutefois pas susceptible d'assurer une gestion effective et efficace des risques. En outre, quand bien même la répartition des risques serait réalisée conformément au principe de la répartition optimale, toutes les difficultés ne semblent pas

¹⁸³⁵ Cf. en ce sens U. Draetta, « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », in RDAI, n° 3/4, 2002, p. 354- 355 : « (...) *Dans le financement de projet, le problème central est celui de la répartition des risques ("risk allocation")... qui ne suit pas une logique abstraite, mais la force contractuelle (la "bargaining position") des différentes parties* » ; *adde* : P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit., p. 28-29 qui affirme : « (...) *commercial men make commercial bargains and decide what is commercially acceptable, not their lawyers* ».

¹⁸³⁶ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 125 ; *adde* : Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects" op. cit., p. 197 : *"The clear trend is to attempt to allocate and transfer risks to the lowest responsible party in contracts (...)"*.

¹⁸³⁷ P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit., p. 22.

¹⁸³⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 125 ainsi que la référence citée.

¹⁸³⁹ R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p.44 (l'expression *transfer* est soulignée dans la citation par l'auteur) ; *adde* dans le même sens : P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit. p. 21 où l'auteur relève que : *"Conventional construction contract risk allocation theory, and some empirical evidence, suggest that risk allocation which improperly allocates principal and neutral risks to the contractor leads to a need for the contractor to be more tightly administered by the principal and increases the probability of disputes as contractor seek to recover cost. Therefore, financiers should take great care when negotiating and drafting the construction contract"*.

résolues¹⁸⁴⁰. Selon M. R. J. Smith en effet, la répartition optimale du risque aboutit à distinguer deux concepts aux effets différents¹⁸⁴¹ :

- d'une part, « l'allocation efficace » du risque qui assigne chaque risque à la partie qui peut à moindre coût gérer celui-ci. Toutefois, si une telle allocation minimise les coûts directement associés à la prise en charge ou au transfert du risque, elle peut entraîner des coûts indirects associés au découplage des incitations, au manque de confiance ainsi qu'à l'augmentation des litiges qui en résultent ;
- d'autre part, « l'allocation équitable » du risque qui assigne chaque risque à la partie la mieux placée pour le contrôler. Une telle allocation minimise les coûts indirects précités.

685. Autrement dit, si la répartition des risques se fait, d'une part, en fonction des compétences et, d'autre part, en fonction de la capacité financière de celui qui est censé assumer le risque lui assigné, il se trouve que les compétences et la capacité financière ne sont pas toujours détenues par le même intervenant¹⁸⁴², tout comme la volonté d'assumer un risque et la capacité de le faire ne vont pas de paire¹⁸⁴³. De la sorte, si la seule logique de la force de négociation commerciale devait être poussée à l'extrême, il serait à craindre que le BOT se transforme, pour emprunter l'expression d'un auteur, « *en une gigantesque loterie dont on sait bien que seuls les « initiés » sortent vainqueurs* »¹⁸⁴⁴.

686. De ce qui précède et en raison des avantages et inconvénients associés à la répartition optimale du risque (c'est-à-dire une répartition tant « efficace » qu' « équitable » du risque), il est suggéré d'évaluer chaque projet du point de vue de chacun de ses participants, de sorte à déterminer pour chaque risque l'allocation qui pourrait permettre une réduction du coût total lié à l'ensemble des risques du projet¹⁸⁴⁵. On ajoute que chaque participant au projet devrait analyser individuellement sa participation et les risques y attachés, à l'instar d'un individu qui déterminerait quel type d'investissement réaliser et le degré de risque qu'il peut assumer¹⁸⁴⁶.

¹⁸⁴⁰ En ce sens Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 45.

¹⁸⁴¹ Ibid.

¹⁸⁴² Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 162-163.

¹⁸⁴³ P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit., p. 12.

¹⁸⁴⁴ G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 197. L'auteur indique que deux éléments peuvent contribuer à ce phénomène : d'une part, l'appréhension des relations contractuelles en termes de risques aurait pour effet de « dé-moraliser » ou de déculpabiliser les rapports entre contractants et, d'autre part, la saisie des événements de la vie contractuelle en termes de risques et d'aléas aurait nécessairement pour effet de faire reculer, voire de stopper, les tendances qui pouvaient être observées à un contrôle plus attentif du contenu et de la valeur des obligations réciproques – la présence de l'aléa, par nature, exclurait ou relèguerait au second plan le contrôle de l'équilibre et plus encore de l'équivalence des prestations.

¹⁸⁴⁵ En ce sens Cf. P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko "Risk management in build-operate-transfer projects" op. cit., p. 287; *adde*: Construction Industry Institute (CII), *Allocation of insurance related risks and costs on construction projects*, 1993, 1, cité par R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 45; A. Ruellan et A. Hugé, « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », op. cit., p. 1600 où ces auteurs affirment que l'affectation des risques ne doit obéir qu'à la recherche du meilleur service au moindre coût.

¹⁸⁴⁶ Cf. Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects" op. cit., p. 197; *adde*: J. G. Mauel, "Common contractual risk allocations in international power projects" op. cit. p. 39: "Surely one of the more significant contributions to be made by various counsel to the project participants is the proper identification of risks to their respective clients and the proper documentation of the negotiated allocation of such risks".

687. En outre, compte tenu de tous les paramètres¹⁸⁴⁷ qui viennent influencer l'analyse des risques dans un projet BOT, il s'impose, dans l'intérêt commun des intervenants, de réaliser un équilibre dans leur répartition¹⁸⁴⁸ ou, à tout le moins, de rechercher un équilibre des capacités d'évaluation des risques faute de quoi le BOT ne pourrait échapper au reproche de constituer un instrument de spoliation généralisée¹⁸⁴⁹. Une répartition équilibrée des risques pourrait être réalisée si le projet était évalué du point de vue de chaque participant, de sorte que chacun de ces points de vue soit pris en compte lors des négociations. Un auteur relève à ce propos que : « (...) Chacun sait en effet que la loi d'Archimède ne s'impose pas dans les relations économiques et qu'un avantage pour l'un n'est pas nécessairement une charge de même intensité pour l'autre, l'art de la négociation étant de troquer ce qui est très lourd pour soi même et de mince avantage pour le vis-à-vis contre ce qui est de mince charge pour soi et de fort avantage pour l'autre »¹⁸⁵⁰. En définitive, seule une répartition équilibrée du risque est à même d'en assurer une gestion efficace, seule une telle gestion justifiant par ailleurs une légitime rémunération.

SECTION III : LA GESTION ET LA RÉMUNÉRATION DU RISQUE DU BOT

688. Une fois identifiés, analysés et répartis, les risques doivent être pris en charge par les parties auxquelles ils ont été assignés. Celles-ci doivent par conséquent en assurer la gestion (sous-section 1) pour laquelle une rémunération sous l'une ou l'autre forme est due (sous-section 2).

¹⁸⁴⁷ Ces paramètres, qualifiés "risk noise" par M. Jeffrey Delmon et qui comprennent les différents biais ainsi que l'information limitée déjà mentionnés, limitent la gestion optimale des risques : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 48.

¹⁸⁴⁸ Dans le même sens Cf., J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing : the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 76: "A well-balanced breakdown of risks lies at the very heart of the public-private partnership, which can only be conceived from the vantage point of a 'win-win' situation for both parties"; *adde*: P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit., p. 22 où se référant singulièrement au contrat de construction, l'auteur affirme: "A balance need to be struck between risks which the contractor will bear, and those which the financier will bear or for which it is prepared to pay the contractor more if the contractor accepts them".

¹⁸⁴⁹ Cf. en ce sens G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 198 qui affirme que : « Si, dans une perspective de gestion des risques, l'équilibre des prestations ne peut être un objectif prioritaire, la recherche de l'équilibre des capacités d'évaluations de ces risques doit lui être substituée, afin que le contrat ne devienne pas un instrument de spoliation généralisée ». Pour ce faire, l'auteur proposait que la période pré-contractuelle se « juridicise ». *Contra* cependant: R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 65 où l'auteur cite le "Construction Industry Institute (CII)" qui affirme: "The goal of an optimal allocation of risk is to minimize the total cost of risk on a project, not necessarily the costs to each party separately. Thus, it might sometimes seem as if one party is bearing more of the risk costs than the other party. However, if both owners and contractors take a long-term view, and take into consideration the benefit of consistently applying an optimal method to themselves and to the rest of their industry, they will realize that over time optimizing risk allocation reduces everyone's costs and increases the competitiveness of all parties involved".

¹⁸⁵⁰ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat » in RTDciv., 1988, p. 486 ainsi que les références citées.

Sous-section 1 : La gestion du risque du BOT

689. L'essor futur du BOT serait, semble-t-il, largement lié à la capacité de gestion des risques inhérents à ce type d'opérations¹⁸⁵¹. Un auteur a alors relevé que le droit est de plus en plus perçu comme un outil de gestion des risques, et que ses grands « piliers » – la personne, le contrat, la propriété – deviennent des instruments de cette gestion¹⁸⁵². Relevons à titre liminaire que si certains « piliers » du droit sont effectivement mis en œuvre dans la gestion du risque, ils n'en ont pas moins d'autres fonctions essentielles, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude au sujet par exemple de la société du projet ou des différents autres contrats qui sont tous des instruments qui concourent à la mise en œuvre du BOT. Ces instruments ne doivent en effet pas être vus sous le seul prisme – qui serait alors très réducteur – d'outils de gestion des risques. Ceci dit, la gestion du risque du BOT s'avère principalement contractuelle (I). Elle fait toutefois appel à certaines autres institutions juridiques et peut se réaliser sous différentes modalités (II).

I- Une gestion principalement contractuelle du risque

690. Un auteur a, non sans raison, relevé que « *L'influence des compagnies d'assurances, ajoutée à la paresse intellectuelle de certains juristes, ont pu laisser croire que l'unique moyen de réduire les risques liés à un contrat ne pouvait être que l'assurance* »¹⁸⁵³. Or, on s'est rendu compte – d'abord dans les relations internationales et ensuite dans les rapports internes – qu'une rédaction attentive des contrats pouvait « rendre les plus grands services sans entraîner de frais supplémentaires » de sorte que la voie était ainsi ouverte pour que le contrat, instrument de production et d'échanges, devienne par ailleurs un instrument de prévention et de gestion des risques¹⁸⁵⁴. En effet, la gestion du risque dans le cadre du BOT est assurée essentiellement par voie de contrat¹⁸⁵⁵, d'abord dans le « Project agreement » ou contrat de BOT et ensuite à travers les autres contrats et conventions qui accompagnent ou appliquent le contrat de BOT¹⁸⁵⁶. Le contrat a même pu être considéré comme étant, dans une large mesure, un substitut à l'assurance¹⁸⁵⁷ et certains auteurs n'ont d'ailleurs pas hésité à affirmer que le *project financing* – et partant le BOT – peut s'assimiler à une valorisation de contrats¹⁸⁵⁸.

691. Sur un autre plan, une tendance contemporaine de plus en plus croissante visant à la contractualisation du risque dans les contrats publics se précise. Les personnes publiques et leurs cocontractants sont en effet de plus en plus incités à identifier clairement les

¹⁸⁵¹ Cf. P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko "Risk management in build-operate-transfer projects" op. cit., p. 271.

¹⁸⁵² G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 177.

¹⁸⁵³ D. Ledouble, *L'entreprise et le contrat*, Bibl. dr. et entr., n° XI, Paris, Litec, 1980, n° 258 et s., p. 246 et s. cité par G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 195.

¹⁸⁵⁴ Cf. en ce sens G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 195 ainsi que la référence citée.

¹⁸⁵⁵ Cf. en ce sens P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers" op. cit., p. 8: "While there are other risk allocation mechanisms (for example, insurance), contracts are still the major tool".

¹⁸⁵⁶ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 160.

¹⁸⁵⁷ Sur le contrat comme quasi-assurance ainsi que sur les méthodes de détermination des « primes » de risques qui en découlent Cf. S.C. Ward, C.B. Chapman and B. Curtis, "On the allocation of risk in construction projects" in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 529-530 (article publié également in *International Journal of Project Management*, vol. 9, n° 3, 1991, p. 140 et s.).

¹⁸⁵⁸ I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 163.

risques, leur mode de répartition ainsi que les conditions de leur traitement¹⁸⁵⁹. Le procédé contractuel se justifie – s'impose en réalité – en raison des fonctions essentielles du contrat dont certaines prennent du relief dans ce cadre. Ainsi du rôle du contrat, d'une part, en tant que matrice d'obligations et source de coopération (A) et, d'autre part, en tant qu'outil de planification et de procéduralisation (B).

A- Le contrat comme matrice d'obligations et source de coopération

692. L'organisation contractuelle, a-t-on relevé, a pour but et pour effet de substituer le dû au spontané et d'établir entre parties cette discipline par le jeu de liens, le recours aux obligations¹⁸⁶⁰. Tel nous semble en effet le cas dans toute opération de BOT, laquelle s'inscrit par essence dans la durée et implique que les parties s'organisent pour faire face et tenter de maîtriser les inconnues du lendemain. Cette organisation se réalise par contrats, lesquels constituent la matrice des obligations des parties. Pour rappel, l'obligation est définie en droit civil comme étant « *Un lien de droit en vertu duquel un ou plusieurs créanciers (titulaires du droit subjectif) peuvent, en vertu du droit objectif, contraindre un ou plusieurs débiteurs, à exécuter une prestation, consistant à faire, ne pas faire ou donner quelque chose* »¹⁸⁶¹. Dans le cadre du BOT toutefois, l'élément « pouvoir de contrainte » de l'obligation prend une tournure plus stratégique¹⁸⁶², spécialement en matière de gestion de risques, et induit une coopération renforcée entre les différents intervenants au projet. Ceci a fait dire à un auteur que les nouvelles pratiques contractuelles ont pour effet d'exclure – au moins de limiter – peu à peu le contrôle du juge sur la vie et le contenu du contrat¹⁸⁶³.

693. Les parties elles-mêmes reconnaissent de plus en plus le rôle central du contrat et des documents contractuels dans le processus de mise en œuvre de projets¹⁸⁶⁴. Le contrat peut ainsi, dans un premier temps, servir à la prévention des risques : les parties tenteront alors de veiller à ce que l'exécution du projet respecte au plus près leurs prévisions. Il s'agira alors soit de contraindre à l'exécution (obligations de performance, pénalités si les performances ou objectifs ne sont pas réalisés...) soit de gérer l'inexécution par une possibilité de suspension et/ou de substitution, soit encore de rééquilibrer le contrat notamment par le jeu des clauses d'adaptation. Dans un second temps, le contrat peut constituer un instrument d'imputation des risques de sorte à prévoir et à mettre à la charge de l'une ou de l'autre partie des déviations éventuelles au niveau de la réalisation du projet telle qu'initialement prévue d'accord parties¹⁸⁶⁵. En tant que matrice des obligations, le contrat devient dans le cadre du BOT l'instrument privilégié par lequel les risques du

¹⁸⁵⁹ Cf. en ce sens A. Ruellan et A. Hugé, « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », op. cit., p. 1599. Ces auteurs précisent que les contrats administratifs anticipent davantage les risques par le biais de clauses permettant soit d'adapter directement le contrat à un environnement défavorable en cours d'exécution, soit de fixer les conditions et procédures d'une révision différée. Ils regroupent ensuite ces différentes clauses autour de deux sous-ensembles, en fonction de leur caractère soit substantiel, soit procédural.

¹⁸⁶⁰ En ce sens Cf. J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par contrat » op. cit., p. 483.

¹⁸⁶¹ P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Tome I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 24 ; *adde* pour un examen transversal de cette notion : R. Drago, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », in *L'obligation*, APD, tome 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 43-49.

¹⁸⁶² Cf. pour une application de la théorie des jeux à l'obligation : P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 163-178.

¹⁸⁶³ G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 196.

¹⁸⁶⁴ En ce sens Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 54.

¹⁸⁶⁵ Cf. en ce sens J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par contrat » op. cit., p. 493.

projet sont identifiés, analysés, répartis et gérés¹⁸⁶⁶. Le rôle du contrat apparaît à cet égard crucial, d'autant plus qu'il permet par ailleurs de planifier le projet dans ses détails les plus précis ou de prévoir des procédures qui s'y rapportent.

B- Le contrat : outil de planification et de procéduralisation

694. Le contrat a été décrit comme étant l'instrument distinctif de la société humaine, en ce qu'il inscrit une opération économique dans la durée : il s'agit alors non d'un temps subi mais, d'un temps voulu, organisé par l'intelligence et la liberté des parties¹⁸⁶⁷. En bref, le contrat est un acte de prévision¹⁸⁶⁸. Ainsi, le contrat permet aux participants du projet BOT d'organiser leurs rapports sur la durée en définissant la finalité de leur coopération et en déterminant les moyens et les procédures à mettre en œuvre pour atteindre cette finalité. Il peut par conséquent permettre de fixer avec clarté les contours de l'opération ainsi que les critères de décisions s'y rapportant. En effet, tant que les objectifs ne sont pas clairement définis, on ne peut espérer une bonne analyse des risques et par conséquent une gestion efficace de ceux-ci¹⁸⁶⁹.

695. Dans cette perspective, le contrat apparaît comme un outil de performance qui, dans un langage clair et précis, détermine les procédures destinées à la réalisation du projet à l'instar des inspections, des paiements ou encore de l'interprétation des documents contractuels¹⁸⁷⁰. En définitive, le contrat, d'une part, en tant que matrice d'obligations et source de coopération et, d'autre part, en tant qu'outil de planification et de procéduralisation contribue de manière prépondérante à la gestion des risques du BOT. La fonction même du contrat s'en trouve approfondie, à côté des autres institutions juridiques qui concourent à la gestion des risques.

II- Personnalité juridique, propriété et gestion des risques – Modalités de gestion des risques du BOT

696. Si la gestion des risques du BOT se réalise principalement par le biais des contrats, notre propos serait largement incomplet s'il ne prenait en compte l'utilisation des institutions juridiques que sont la personnalité juridique et le droit de propriété aux mêmes fins. Bien souvent en effet, les relations contractuelles ne font que mettre en œuvre des rapports de propriété entre personnes juridiques plus ou moins indépendantes. Par conséquent, avant d'envisager les modalités de gestion des risques du BOT (B), nous examinerons en premier lieu l'utilisation de la propriété et de la personnalité juridique à cette même fin (A).

¹⁸⁶⁶ En ce sens Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 41.

¹⁸⁶⁷ J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat » op. cit., p. 481-482.

¹⁸⁶⁸ Sur le contrat en tant qu'acte de prévision, Cf. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 643-659.

¹⁸⁶⁹ Cf. en ce sens P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko "Risk management in build-operate-transfer projects" op. cit., p. 288; *adde*: J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing : the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 67: "At the outset, risk mitigation involves a solid definition of the project and its objectives i.e. financial, social and economic".

¹⁸⁷⁰ En ce sens Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 42.

A- L'utilisation de la personnalité juridique et de la propriété aux fins de gestion des risques du BOT

697. L'analyse du *project financing* nous a révélé que la structure financière et sociétaire du projet revêt une importance significative à deux égards au moins : au plan incitatif tout d'abord – le recours à une société du projet ainsi que le fait d'y impliquer financièrement les différents intervenants au projet dont notamment ses promoteurs et ses contractants constituent une incitation dont le but est d'aligner sur le même plan les intérêts de ces intervenants au projet – et ensuite au plan de la répartition et de la gestion optimale des risques du projet. La structure financière et sociétaire du projet participe en effet de la gestion des risques du projet, d'une part, à travers le rôle que joue la société du projet (1) et, d'autre part, à travers les « propriétaires » de cette dernière étant entendu que ceux-ci prennent *de facto* une part du risque, même résiduelle (2).

1- Société du projet et gestion des risques

698. Précisons d'emblée que la société du projet, en raison du rôle fondamental qu'elle joue dans une opération de BOT, fera l'objet d'amples développements dans la deuxième partie de cette étude (Cf. *infra* n^{os} 915 et s.). Seule son utilisation comme instrument de gestion de risques sera évoquée dans les lignes qui suivent. Un auteur a en effet relevé que la création d'une personne juridique peut n'être qu'une technique dont le but est de faire naître formellement des sujets de droit susceptibles de recueillir dans leur patrimoine la propriété-appartenance ainsi que les risques qui y sont attachés¹⁸⁷¹.

699. De fait, le BOT – comme le *project financing* – implique généralement la création d'au moins une entité spécifique ou *ad hoc* (société du projet ou « Project company ») exclusivement dédiée au portage de l'opération. En effet, dès qu'il y a plus d'un promoteur du projet, il y a généralement lieu de décider du choix d'un ou de plusieurs véhicules appropriés pour la conduite de l'opération¹⁸⁷². Parmi les éléments à prendre en compte pour opérer un tel choix¹⁸⁷³, certains sont relatifs au traitement du risque du projet à savoir: (i) dans quelle mesure les promoteurs veulent être isolés des risques et responsabilités inhérents au projet ; (ii) dans quelle mesure les promoteurs veulent éviter que les emprunts effectués pour financer le projet apparaissent dans leurs bilans et (iii) l'aisance avec laquelle les bénéfices peuvent en être retirés par ces promoteurs.

700. Centre névralgique de l'opération de BOT, la société du projet est considérée comme un « hub de sûretés » qui interconnecte les différents participants à travers les nombreux contrats et conventions qui sont conclus aux fins de réaliser le projet¹⁸⁷⁴. Elle est censée assumer le plus grand nombre de risques possible en tant qu'instrument aux mains des promoteurs du projet¹⁸⁷⁵. Dans la réalité toutefois, elle en facilite la répartition et/ou le transfert dans la mesure où, d'une part, la pratique des prêteurs semble de l'impliquer le moins possible dans la prise en charge de risques du projet¹⁸⁷⁶ et, d'autre part, elle ne peut

¹⁸⁷¹ G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 201.

¹⁸⁷² Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 57.

¹⁸⁷³ Sur tous ces éléments, Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 57-59.

¹⁸⁷⁴ En ce sens Cf. Robert L.K. Tiong, "BOT projects: Risks and securities" in *Construction Management and Economics*, n° 8, 1990, p. 320-321.

¹⁸⁷⁵ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 163.

¹⁸⁷⁶ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 126 ; *adde* : S. E. Rauner, "Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development" op. cit., p.

autrement en assumer que s'il en résulte une efficacité au point de vue de leur coût¹⁸⁷⁷. En définitive, ce sont généralement les « propriétaires » de la société du projet qui assumeront dans les faits l'essentiel des risques censés être pris en charge par cette dernière. En effet, la propriété – ou du moins les droits qui en résultent – vont constituer par ailleurs un autre moyen d'assurer la gestion des risques.

2- Propriété du capital ou « equity » comme mesure de la prise de risque

701. L'implication financière des participants au projet BOT se fait généralement, comme déjà examiné, par le biais de prises de participations dans le capital de la société du projet. Une telle prise de participation matérialise non seulement l'incitation à l'efficacité, transformant les intervenants impliqués en créanciers résiduels du projet, mais également constitue une mesure de la prise de risques et de leur gestion effective de la part de ces mêmes participants. Les « propriétaires » ou actionnaires de la société du projet sont en effet généralement ceux qui ont développé le projet pendant sa période de gestation, c'est-à-dire ses promoteurs¹⁸⁷⁸, lesquels se lient bien souvent par un pacte d'actionnaires. Or, comme il est coutume de le dire, être propriétaire – ou actionnaire en l'occurrence – c'est prendre des risques et, dans cette mesure, la partie qui assume un risque doit être suffisamment motivé de sorte à le gérer efficacement et effectivement dans la perspective du projet dans son ensemble¹⁸⁷⁹. Il en va au demeurant de l'intérêt d'un tel propriétaire.

702. En définitive, la prise de participations dans le capital de la société du projet semble non seulement une mesure de la prise de risque de la part des participants au projet, mais également participer de la politique d'incitation à une gestion effective et efficace des risques pris dans l'intérêt commun. Pour M. Martin plus généralement en effet, la naissance de personnes juridiques et le droit de propriété, vidés de leur substance, ne sont plus, dans ces hypothèses, que des outils d'ingénierie juridique, substituables à d'autres, et principalement destinés à gérer les risques¹⁸⁸⁰.

B- Les modalités de gestion des risques du BOT

703. Après avoir identifié, analysé et réparti les risques d'un projet, plusieurs attitudes peuvent être adoptées à leur égard : on peut soit les éviter, soit les assumer, soit encore les réduire ou enfin les transférer¹⁸⁸¹. De nombreux procédés peuvent être utilisés à ces fins tels : les garanties ; l'assurance ; les contrats d'achat/de fourniture du type « take-and-pay » ou « take-or-pay » ; les méthodes de couverture ou « hedging » comme les « options

166 où l'auteur rappelle que: "Guarantees of the indebtedness of the project company are the most basic tools used to spread project risk".

¹⁸⁷⁷ Cf. P.K. Dey, S.O. Ogunlana and N. Takehiko "Risk management in build-operate-transfer projects" op. cit., p. 285.

¹⁸⁷⁸ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance* – op. cit., p. 113. Ces auteurs indiquent toutefois que pour de nombreuses raisons (réglementaires, commerciales ou financières), certains des actionnaires de la société du projet détiennent des parts de celle-ci sans avoir nécessairement participé à l'élaboration du projet.

¹⁸⁷⁹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 45.

¹⁸⁸⁰ G. J. Martin, « Le risque, concept méconnu du droit économique », op. cit., p. 202. L'auteur précise par ailleurs que : « *Le risque transforme tout ce qu'il appréhende en capital. Bien davantage même, il « réduit* » – au sens culinaire du terme ! – la réalité qu'il saisit à sa seule dimension financière » (ibid. p. 203).

¹⁸⁸¹ Cf. G.E. Mason, *A quantitative risk management approach to the selection of construction contract provisions*, Technical report n° 173 (The Construction Institute, Department of Civil engineering, Stanford University, April 1973), 26 cité par R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 43.

put », les swaps de taux d'intérêts ou de devises ; l' « Escrow account » ainsi que toutes sortes de sûretés sur les actifs du projet. Tous ces procédés seront succinctement évoqués dans cette section car devant être analysés plus avant dans la deuxième partie de la présente étude. Pour en revenir aux modalités de gestion des risques, la stratégie de l'évitement du risque aboutissant en réalité en un « transfert » de celui-ci, elle ne retiendra pas l'attention¹⁸⁸². Reste que le risque peut soit être assumé ou réduit (1), soit être transféré (2). Ainsi présentées pour des raisons d'analyse, ces différentes modalités de gestion des risques du BOT sont toutefois interdépendantes et/ou s'entrecroisent en pratique.

1- Assumer ou réduire le risque

704. La prise en compte des risques du BOT se fait à la formation même du contrat au travers des nombreuses études de faisabilité analysées *supra*. Pour l'essentiel, le contrat se préoccupe des risques qui relèvent de son exécution c'est-à-dire qu'il se préoccupe de la réalisation du projet. L'utilisation du contrat pour gérer le risque a offert la possibilité qu'un certain nombre de clauses soient conçues pour permettre aux parties ou à l'une d'elles soit d'assumer le risque (a), soit de le réduire (b). L'une ou l'autre partie peut en effet assumer un ou plusieurs risques, en fonction de ses compétences ou de ses capacités financières ou même en raison de l'insuffisance ou de la faiblesse de ces mêmes compétences et capacités financières. Il se pourrait aussi que le risque en cause ne puisse pas être transférable à une autre partie ou à un tiers, forçant ainsi à sa prise en charge ou sa réduction.

a- Assumer ou « courir » le risque

705. Certains auteurs ont relevé que l'attitude initiale des parties par rapport aux risques, c'est-à-dire leurs « préférences » en termes d'assomption de tel ou tel risque, est un point de départ important dans la répartition et la gestion subséquente desdits risques¹⁸⁸³. Assumer le risque s'entend principalement le comprendre comme composante et partie intégrante du projet dont la gestion nécessite qu'on mette sur pied un planning, des ressources budgétaires et humaines¹⁸⁸⁴. Autrement dit, la gestion des risques du BOT est en soi un investissement. A cet effet, un auteur relève qu'en élevant les taux de franchise, les assureurs disposent d'un outil pour contraindre leurs clients à gérer efficacement les risques du projet¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸² Pour M. J.-M. Mousseron en effet, les parties peuvent ignorer les risques ou même, les imaginant, s'en désintéresser et subir. Dans ce cas de figure, le contrat initiera des risques qu'il fera jouer au profit de l'un ou à l'encontre de l'autre sans que leur prévision suggère l'initiative contractuelle : J.-M. Mousseron, « La gestion des risques par le contrat » op. cit., p. 484-485. Cet auteur précise toutefois que le silence des parties quant au sort des risques ne vaut pas indifférence mais spéculation. Ne pas prévoir le risque ne le supprime point et n'évite que l'une des parties en supporte la charge (ibid. p. 490).

¹⁸⁸³ A. Roumboutsos et K.P. Anagnostopoulos: "Public-private partnership projects in Greece: risk ranking and preferred risk allocation" in *Construction Management and Economics*, n° 26, July 2008, p. 752; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 42: "Without the desire to control the circumstances related to the risk, the party bearing the risk may not avoid or manage the potential occurrence of the risk as efficiently or with as much expediency as a party that wants to control those circumstances".

¹⁸⁸⁴ Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 66.

¹⁸⁸⁵ D. Turner, "Project risk mitigation comes under the microscope" in *Project Risk Insurance*, July/August 2002, p. 15.

706. Une manière d’assumer un risque – peut-être surtout de le prévenir – est de constituer une provision financière pour des changements éventuels notamment dans la phase de construction. Comme l’a très justement relevé un auteur, “(...) *Owners need to understand, in advance, that changes are virtually inevitable. Accordingly a reasonable contingency should be retained in the budget to deal with newly identified owner “wants” or the occasional omission*”¹⁸⁸⁶. Dans certains cas, les parties à une opération de BOT sont contraintes d’assumer certains risques. Tel est le cas du risque de litiges émanant de l’exécution des contrats. Ce type de risque s’il peut être réduit – par exemple par une rédaction claire des clauses du contrat¹⁸⁸⁷ – il ne peut toutefois pas être transféré. Un tel risque paraît par ailleurs « non assurable » et peut prendre de l’ampleur si la répartition des risques entre parties n’est pas effectuée de manière appropriée¹⁸⁸⁸.

707. Les parties à une opération de BOT peuvent encore assumer ou courir un risque en inscrivant dans leurs accords une ou diverses clauses d’adaptation. Ces dernières auront notamment pour but de permettre un rééquilibrage de leur convention, l’option pour une destruction anticipée de celle-ci ne paraissant en théorie pas répondre à la philosophie de l’opération BOT¹⁸⁸⁹. Participe par contre de la philosophie de l’opération BOT l’option pour la réduction du risque.

b- Réduire le risque

708. La réduction du risque tend en pratique à minimiser la probabilité de survenance des différentes contingences qui peuvent avoir un impact négatif sur le projet¹⁸⁹⁰. Elle peut également consister à minimiser les conséquences de la survenance d’un risque. Le monitoring constant et permanent du projet semble un des meilleurs outils de réduction de risques de toute nature inhérents au BOT. En effet, le BOT impose également – tout comme le *project financing* – une surveillance régulière et permanente du projet. Un tel monitoring est généralement expressément prévu par contrat et mis en œuvre à l’initiative des principaux intervenants au projet (promoteurs et partenaire public/Etat d’accueil), mais notamment par les prêteurs, à l’intervention d’un expert, consultant technique ou ingénieur indépendant. Les institutions multilatérales et bilatérales, généralement impliquées dans les projets, contribuent également, comme déjà examiné, à assurer un tel monitoring.

709. Dans l’hypothèse de la minimisation des conséquences de la survenance d’un risque, la célérité dans la résolution des différends, notamment techniques ou technologiques, entre parties peut participer de la réduction du risque de paralysie du projet et

¹⁸⁸⁶ Cf. R. J. Smith, “Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices” op. cit. p. 50. L’auteur précise par ailleurs que: “*This is also a good time to recognize that the quest for absolute perfection in plans and specifications is unrealistic and not cost-effective for the owner*”.

¹⁸⁸⁷ En faisant par exemple usage des « bonnes pratiques » comme le relèvent: J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing: the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 71.

¹⁸⁸⁸ P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers” op. cit., p. 10.

¹⁸⁸⁹ Une destruction anticipée du contrat, quel qu’il soit, dans une opération de BOT peut y apporter en réalité un trouble majeur, même s’il est généralement admis qu’une telle solution peut participer de l’intérêt des parties en cessant le danger et les perturbations qui auraient pu engendrer des effets économiques désastreux totalement contraires à ceux envisagés au jour de la conclusion du contrat.

¹⁸⁹⁰ Cf. S. E. Rauner, “Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development” op. cit., p. 162.

d'augmentation de ses coûts. Le « real time dispute resolution » est ainsi considéré comme une méthode de réduction des nombreux risques, d'augmentation de coûts notamment, qui peuvent émaner de litiges ou de différends entre participants au projet. Les promoteurs du projet ainsi que leurs différents contractants s'accordent de plus en plus pour trancher au fur et à mesure de leur naissance les éventuels litiges par des tiers-experts, généralement indépendants, en lieu et place du recours habituel à l'arbitrage ou aux tribunaux dont les décisions impliquent un temps d'attente certain¹⁸⁹¹.

710. Aussi curieux que cela puisse paraître, certains auteurs ont noté qu'un des moyens utilisé par le cocontractant d'une personne publique pour se couvrir contre les risques de retard de paiement des acomptes prévisionnels ou du solde du marché consistait en la surévaluation du prix de la prestation¹⁸⁹². Une telle pratique pose la question du management de l'opération. Or, un des risques du BOT que nous avons relevé est le risque de management. Celui-ci peut survenir par exemple en raison de l'absence ou de la mauvaise communication entre les différents participants au projet. La réduction d'un tel risque peut se faire par l'usage de la fonction de procéduralisation du contrat telle qu'analysée *supra*. Par conséquent, les parties prévoient contractuellement les procédures de communications ainsi que les réunions régulières se rapportant au fonctionnement du projet¹⁸⁹³. De telles procédures s'imposent par ailleurs du fait du monitoring constant et permanent du projet. Toujours est-il que si une partie ne désire pas ou n'a pas la capacité de gérer un risque, il lui est loisible, pour autant qu'elle en paie le prix, de le transférer, soit à une autre partie au projet, soit à des tiers professionnels de la gestion du risque.

2- Le transfert du risque

Le transfert du risque du BOT se réalise principalement par contrat, d'une part, à certains intervenants du projet (a) et, d'autre part, à des tiers notamment aux assureurs et autres entreprises de couverture (b).

a- Le transfert contractuel à certains intervenants du projet – Renvoi

711. Comme nous l'avons relevé, alors même que la société du projet est censée assumer le maximum de risques du projet, les prêteurs, au titre des conditions de la bancabilité du projet (sur la notion de bancabilité Cf. *infra* n^{os} 728 et s.), s'arrangent en pratique pour éloigner celle-ci de toute prise en charge de risque. En effet, le financement des opérations de BOT est principalement assuré par les prêteurs et non par les actionnaires de la société du projet¹⁸⁹⁴ comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude lors de l'examen des ratios dettes/fonds propres généralement en usage dans ce type d'opérations. En conséquence, l'essentiel des risques du projet est généralement contractuellement transféré à ses différents participants en tenant plus ou moins compte des principes de répartition optimale que nous avons analysés.

¹⁸⁹¹ En ce sens Cf. R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 55.

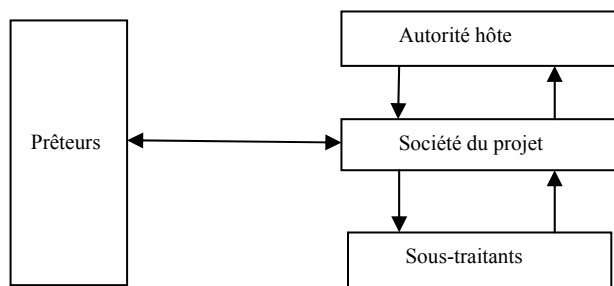
¹⁸⁹² Cf. T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », op. cit. p. 311.

¹⁸⁹³ R. J. Smith, "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices" op. cit. p. 56.

¹⁸⁹⁴ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 126.

712. L'effort de transfert des risques aux participants du projet est connu comme étant le « back-to-back allocation » c'est-à-dire un transfert trait pour trait¹⁸⁹⁵. En clair, le contrat de BOT définira les risques qui sont mis à la charge de l'autorité hôte tandis que les autres risques sont censés être pris en charge par la société du projet : ce sont ces derniers risques qui feront l'objet d'un transfert « back-to-back » aux autres participants du projet¹⁸⁹⁶.

713. Le schéma ci-dessous illustre le transfert contractuel trait pour trait (« back-to-back ») des risques du BOT :



Source: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 127.

714. Un transfert «back-to-back» permettra en principe que tous les risques du projet soient transférés, comme représentés ci-dessus, de manière intégrale aux autres participants du projet. Il se réalise à l'intervention des dispositions contractuelles faisant appel à un certain nombre de mécanismes pratiques tendant à refléter dans tous les autres contrats ou documents contractuels les termes et conditions prévus par le contrat de BOT¹⁸⁹⁷. Dans la réalité cependant, on relève qu'un tel transfert « back-to-back » ou intégral est rare – si pas impossible – dans les projets BOT¹⁸⁹⁸. En plus de cette impossibilité pratique, il s'avère que les participants au projet peuvent eux-mêmes retransférer certains risques à des tiers mieux pourvus pour les gérer. Par conséquent, un transfert de certains risques aux assureurs ainsi qu'un recours à des stratégies de couverture qu'offrent les marchés de capitaux sont en pratique des moyens complémentaires de gestion des risques du BOT.

b- Le transfert aux assureurs et les stratégies de couverture offertes par les marchés de capitaux – Renvoi

715. Les assureurs prennent une part non négligeable du risque, même si l'on estime que leur intervention dans le paquet financier des projets BOT est d'ampleur modeste¹⁸⁹⁹. Les assureurs interviennent classiquement dans les projets BOT pour offrir plusieurs types de couvertures comprenant entre autres : un tous-risques construction, des garanties de bonne fin et de fiabilité pour certains participants, une couverture des risques environnementaux, des compensations pour les travailleurs ainsi qu'une couverture de risques politiques¹⁹⁰⁰. Une couverture spécifique des risques politiques – et commerciaux dans une certaine

¹⁸⁹⁵ Pour une analyse détaillée de ce mécanisme, Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 78-83.

¹⁸⁹⁶ Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 126.

¹⁸⁹⁷ Sur ces mécanismes pratiques Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 127.

¹⁸⁹⁸ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 78- 79; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 126.

¹⁸⁹⁹ B. Percopo, "Insurance solutions for project finance" in *Journal of project finance*, summer 1999, vol. 5, n °2 consulté sur <http://www.web.ebscohost.com/ehost/> le 04.02.2010.

¹⁹⁰⁰ Ibid.

mesure – est toutefois offerte par les institutions multilatérales notamment la MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency) ainsi que par les agences bilatérales de garantie et de crédit-export de différents pays (Cf. *infra* n^{os} 837 et s.).

- 716.** L'assurance dans les projets BOT et tous les projets assis sur la technique du *project financing* présente la particularité d'offrir, pour la phase de construction notamment, une couverture pluriannuelle (une police d'assurance est classiquement annuelle), multi-lignes (le dommage physique aux biens ainsi que la responsabilité des parties ou encore l'interruption de l'exploitation peuvent être simultanément couverts) et multi-parties (l'ensemble des participants ou des groupes de participants au projet peuvent être couverts)¹⁹⁰¹. Toutefois, l'assurance n'offre pas de couverture illimitée et, plus généralement, la capacité même du secteur à offrir des couvertures pour les projets est limitée¹⁹⁰².
- 717.** D'un autre côté, assurer un projet nécessite une analyse particulière et approfondie des risques de celui-ci afin de concevoir une couverture taillée sur mesure. Par conséquent, le secteur des assurances plaide pour une reconnaissance de l'assurance comme partie intégrante de l'opération et non plus un simple accessoire ou produit dont les parties font usage quand tout a été décidé¹⁹⁰³. Les assureurs doivent par conséquent être impliqués dans les négociations du projet dès leur phase préliminaire¹⁹⁰⁴. C'est ainsi par exemple que la mise en œuvre, dès le stade préparatoire du projet, de la caution de bonne fin ou encore l'« initial-demand guarantee » tend à se généraliser¹⁹⁰⁵. Cette pratique consiste à demander, aux constructeurs notamment, de fournir une garantie financière qui a pour effet de démontrer leur engagement à réaliser les objectifs du projet, sans toutefois qu'une telle garantie implique une évaluation effective de la capacité de ceux-ci à réaliser lesdits objectifs¹⁹⁰⁶. C'est généralement une compagnie d'assurance qui émettra une telle garantie, laquelle atteste d'une présomption positive quant à la capacité desdits constructeurs à exécuter le projet jusqu'à sa phase finale. Au-delà de l'offre de couverture de certains risques, les assureurs peuvent également être une source de fonds propres pour le projet¹⁹⁰⁷.
- 718.** Par ailleurs, des instruments de couverture fournis par les marchés de capitaux peuvent être mis en œuvre pour faire face à certains risques du projet. A titre d'exemple les risques liés aux fluctuations de devises ou de taux d'intérêts sont de plus en plus couverts par les Swaps, les options ou les futures, ce qui permet aux participants au projet d'ajuster leur

¹⁹⁰¹ Cf. en ce sens D. Turner, "Project risk mitigation comes under the microscope" op. cit., p. 13; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 91 où l'auteur précise que cette particularité permet d'éviter les interfaces entre différentes couvertures émanant de différents assureurs dont pourraient résulter des disparités liées aux tâches multiples et différentes que chaque participant doit assumer.

¹⁹⁰² D. Turner, "Project risk mitigation comes under the microscope" op. cit., p. 13 où l'auteur précise: "The various entities involved in each project need to assume a certain amount of the risk for our position to be tenable".

¹⁹⁰³ D. Turner, "Project risk mitigation comes under the microscope" in *Project Risk Insurance*, July/August 2002, p. 15.

¹⁹⁰⁴ B. Percopo, "Insurance solutions for project finance" op. cit.: "Bringing the insurer into the process early helps minimize last minute, non-negotiable points, which can potentially kill even the most viable project".

¹⁹⁰⁵ J.-M. Aoust, C. Bennett and R. Fiszelson, « Risk analysis and sharing : the key to a successful public-private partnership » in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 71.

¹⁹⁰⁶ Ibid.

¹⁹⁰⁷ B. Percopo, "Insurance solutions for project finance" op. cit.

profil de risques à leurs capacités d'assomption de ces derniers¹⁹⁰⁸. Après répartition, la gestion du risque quelle qu'en soient les modalités entraîne en fin de compte une contrepartie. Cette contrepartie consiste en une rémunération de la partie qui en a assumé la charge finale.

Sous-section 2 : La rémunération du risque dans le BOT

719. Parmi les modalités de gestion du risque du BOT, le transfert à certains intervenants ou aux tiers a été évoqué. En effet, pour autant qu'elle en « paie le prix », une partie qui ne désire pas ou n'a pas la capacité de gérer un risque peut le transférer, soit à une autre partie au projet, soit à des tiers professionnels de la gestion du risque. Le problème sera alors celui de l'évaluation du « prix » à payer pour un tel transfert. Il se posera à nouveau la question de la valeur monétaire d'un risque, valeur difficile à apprécier en pratique¹⁹⁰⁹. M. Kris Nielsen relève néanmoins que: *“There is growing recognition that participation in Design-Build, BOT and BOOT project delivery approaches provides opportunity to assume risk. Even more important is the recognition that it is acceptable to earn significant margins for the risk assumption and positive results from its management”*¹⁹¹⁰. La rémunération du risque paraît par conséquent légitime¹⁹¹¹ et se justifie tant par sa prise en charge que par sa bonne gestion. En principe et en fonction des participants au projet, cette rémunération se traduit essentiellement soit dans le paiement d'une prime de risque (I) soit dans la réduction du coût total du projet (II).

I- Le paiement d'une prime de risque

720. La prime de risque semble être constituée d'un certain nombre de frais, de coûts et de sommes que détermine le professionnel ou le cocontractant qui a la charge finale du risque. Ainsi, on estime que: *“Where a professional or contractor is aware that he/she will be required to bear a given type of risk, professional fees and tender prices will include an additional premium to reflect the expected cost of this risk, plus a contingency sum in most cases, plus a fee for the risk-bearing service”*¹⁹¹². Le montant d'une telle prime est par ailleurs susceptible d'augmenter en fonction du désir ou non dudit professionnel ou cocontractant d'assumer un risque donné¹⁹¹³. A titre d'illustration, les rémunérations des prêteurs mais plus précisément les rémunérations bancaires, comportent généralement, outre les différentes commissions¹⁹¹⁴, des marges dont le but serait de rémunérer le risque¹⁹¹⁵.

721. Pour certains auteurs en effet, dire que la marge rémunère le risque semble acceptable même si la difficulté de quantifier objectivement un risque et surtout de comparer deux projets en termes de risques empêcherait quiconque de créer une relation claire

¹⁹⁰⁸ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 166.

¹⁹⁰⁹ En ce sens Cf. S.C. Ward, C.B. Chapman and B. Curtis, “On the allocation of risk in construction projects” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 526.

¹⁹¹⁰ Cf. Kris R. Nielsen, “Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects” op. cit., p. 198.

¹⁹¹¹ Cf. en ce sens B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 359 où l'auteur affirme qu'à tout risque est associée une récompense.

¹⁹¹² S.C. Ward, C.B. Chapman and B. Curtis, “On the allocation of risk in construction projects” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 526.

¹⁹¹³ Ibid.

¹⁹¹⁴ Ainsi, par exemple, les commissions liées à l'activité de montage ou encore les commissions liées à l'activité de prêt : Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 105-107.

¹⁹¹⁵ Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 107-108.

(« mathématique ») entre rémunération et risque¹⁹¹⁶. La prime de risque peut ainsi représenter une part significative d'une offre et peut en outre varier en fonction du cocontractant ou du professionnel alors même que le client peut tout à fait en ignorer la proportion réelle dans l'offre vantée¹⁹¹⁷. De plus, l'attitude de ces professionnels ou cocontractants pendant la durée de vie du projet peut en influencer les objectifs et susciter des coûts supplémentaires pour le client¹⁹¹⁸.

722. Dans l'hypothèse sus-évoquée où l'on conçoit le contrat comme un substitut à l'assurance, certains auteurs suggèrent que les cocontractants auxquels le risque est transféré déterminent la « prime » de risque en s'inspirant des règles et pratiques dans le secteur de l'assurance¹⁹¹⁹. On a par ailleurs estimé que dans le cadre d'un BOT, les principaux intervenants – c'est-à-dire l'Etat hôte et les promoteurs considérés ici comme les clients – devront non seulement réaliser certains aspects de l'analyse des risques du projet, mais également exiger des offres qui présentent les primes de risques associées aux risques majeurs dudit projet¹⁹²⁰. Toutefois, on relève que l'assimilation du cocontractant à un assureur crée d'importantes complications liées aux questions de sélection adverse et d'aléa moral¹⁹²¹.

723. En conclusion, il semble qu'il faille retenir qu'à tout risque ne correspond pas nécessairement une marge ou, plus généralement, une prime eu égard notamment au rôle ou à la position de celui qui assume en définitive un risque du projet¹⁹²². Ceci nous amène à envisager la deuxième forme de rémunération du risque qui, elle, est liée à la réduction du coût total du projet.

II- La réduction du coût total du projet

724. A l'examen, une identification et une analyse judicieuses des risques ainsi qu'une répartition optimale suivie d'une gestion efficace de ceux-ci contribuent à la réduction du coût total du projet. Certains auteurs affirment en effet que: *“Appropriate risk allocation and risk sharing is ranked as the second most important factor for achieving successful PPP/PFI projects. (...) In theory, this reduces individual premiums and the overall cost of the project, because the party in the best position to manage a particular risk should be*

¹⁹¹⁶ Ibid.

¹⁹¹⁷ S.C. Ward, C.B. Chapman and B. Curtis, “On the allocation of risk in construction projects” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 526.

¹⁹¹⁸ Ibid.

¹⁹¹⁹ Ibid. p. 529: “Regarding contractors as quasiinsurers suggests pricing rules analogous to insurance law and practice. For example, (i) if a contractor is to bear a risk, that risk ought to be identified and the contractor given an opportunity to price it; (ii) all relevant information available to the client ought to be supplied to the contractor prior to contract, and ought not to be withheld; (iii) the basis of pricing should be on broad categories of risk, rather than related to small details; (iv) a contractor should not be expected to price risks that cannot be quantified with sufficient certainty, given the limited profit margins involved”.

¹⁹²⁰ En ce sens Cf. S.C. Ward, C.B. Chapman and B. Curtis, “On the allocation of risk in construction projects” in *The Economics of Public Private Partnerships*, op. cit., p. 529.

¹⁹²¹ Ibid. p. 530.

¹⁹²² En ce qui concerne le banquier notamment Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 108 où ces auteurs indiquent qu'une marge très élevée n'a aucun sens si le projet n'est pas capable de payer les intérêts. Par conséquent, le banquier doit purement et simplement refuser de participer au financement d'un projet, quelle qu'en soit la marge, si celui-ci présentait des risques qui laissent raisonnablement penser que le crédit ne sera pas remboursé.

able to do so at the lowest price”¹⁹²³. Pour un groupe d’auteurs, si une « prime » élevée paraît attachée à la mise en œuvre des PPP, une telle « prime » est compensée par une réduction des coûts du projet, réalisée par les partenaires privés, durant tout le cycle dudit projet¹⁹²⁴.

725. En dernière analyse, le traitement des risques dans une opération de BOT constitue une étape fondamentale, mieux consubstantielle, dans la mise en œuvre du projet. Il s’agit d’une étape sans laquelle aucune projection financière réaliste et pertinente ne saurait être faite. En effet, l’intégration des risques et incertitudes qui entourent un projet permet d’en apprécier la rentabilité, condition nécessaire à la mise en place d’un financement.

SECTION IV : LA RENTABILITÉ DU PROJET BOT

726. La rentabilité du projet est une condition nécessaire à la mise en œuvre du financement d’un BOT (sous-section 1). Une telle rentabilité consistera à examiner si, du point de vue strictement économique, le projet mérite d’être financé et mis en œuvre. Il est en effet coutume d’affirmer que, sauf cas très exceptionnels, un projet économiquement non rentable ne le deviendra pas, quel que soit par ailleurs son mode de financement¹⁹²⁵. Toutefois, la rentabilité n’est qu’un des critères – certes important – d’évaluation d’un projet BOT. Il se pourrait en effet, pour autant que l’optimisation de la dépense publique (ODP) en soit vérifiée, qu’un projet BOT socialement « rentable » soit en fin de compte « rendu » économiquement rentable, de sorte à pouvoir être financé et mis en œuvre. La rentabilité n’apparaît donc pas comme une condition suffisante de la mise en œuvre d’un projet BOT (sous-section 2).

Sous-section 1 : La rentabilité du projet BOT : condition nécessaire à son financement

727. La rentabilité d’un projet donné est généralement considérée comme un critère déterminant de la décision d’en assurer ou non le financement. Elle dépend en principe, d’une part, du montant et, d’autre part, de la durée du retour sur l’investissement à réaliser¹⁹²⁶. Sa détermination se fait sur la base d’études approfondies de l’ensemble des paramètres et aspects du projet, de sorte à permettre aux parties intéressées de prendre une décision éclairée. Outre les promoteurs du projet, la rentabilité du projet intéresse au premier titre les prêteurs, ces derniers exigeant par principe sa bancabilité (I) en s’assurant particulièrement qu’un tel projet pourra produire un cash flow suffisant (II).

I- La bancabilité du projet

728. L’importance de la part de la dette dans le financement d’un BOT conduit les promoteurs de tels projets à intégrer dans leurs montages les exigences des prêteurs s’ils

¹⁹²³ B. Li, A. Akintoye, P.J. Edwards, and C. Hardcastle, “Critical success factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry”, in *Construction Management and Economics*, 23, June 2005, p. 463 (expressions soulignées par les auteurs dans le texte).

¹⁹²⁴ E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 57: “*In exchange for the high cost of sponsor funds, the procuring authority obtains the services of a company that is focused on reducing life cycle cost*”.

¹⁹²⁵ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance* – op. cit., p. 33.

¹⁹²⁶ Cf. en ce sens F. K. Wright, “Measuring project profitability: rate of return or present value?” in *The Accounting Review*, vol. 37, n° 3, July 1962, p. 433.

souhaitent un financement de leurs projets. L'impératif de « bancabilité »¹⁹²⁷ est ainsi devenu une condition *sine-qua non* à la mise en œuvre des BOT ou de projets s'appuyant sur la technique du *project financing*. Selon M. Jeffrey Delmon, la bancabilité d'un projet suppose une solide structuration aux plans financier, économique et technique ainsi qu'un schéma de répartition des risques approprié à la nature du projet, lequel doit en fin de compte constituer aux yeux des prêteurs un risque acceptable de crédit (i.e. le projet doit présenter de l'intérêt pour les prêteurs et ses risques doivent être connus)¹⁹²⁸. Pour M. Graham Vinter, la « bancabilité » est, comme on l'entend, l'acceptabilité de la structure d'un projet comme base du financement dudit projet¹⁹²⁹. Elle constituerait un art et non une science et serait par ailleurs un concept très fluide, changeant rapidement à l'instar des pratiques de marché ou des sentiments¹⁹³⁰.

729. Notion non juridique et plurielle pour d'autres auteurs, la « bancabilité » traduirait les exigences fondamentales posées par les prêteurs au financement d'un projet, lequel est « bancable » lorsque l'analyse de l'ensemble de ses termes économiques, commerciaux, financiers, techniques, juridiques, politiques et sociaux permet de conclure à la viabilité et la solidité financière dudit projet sur le long terme¹⁹³¹. De tout ce qui précède, nous pouvons retenir que la bancabilité du projet repose sur sa viabilité globale (A) ainsi que sur la solidité de sa structuration au travers notamment du traitement optimal des risques dudit projet (B).

A- La viabilité globale du projet – Renvoi

730. La viabilité globale du projet conduit à l'examen exhaustif de l'ensemble des paramètres du projet et à s'assurer de leur solidité, leur cohérence et leur stabilité. Selon M. Jeffrey Delmon, lorsque des prêteurs vérifient la viabilité du projet, ils se concentreront en premier lieu sur quatre aspects : les aspects financiers, économiques, techniques et juridiques¹⁹³². Toutefois, cette vérification peut – et doit dans de nombreux cas – s'étendre aux autres aspects du projet tels les aspects environnementaux, sociaux ou politiques¹⁹³³. En clair, la bancabilité du projet recouvre et suppose une vérification des évaluations et études préalables que nous avons longuement examinées plus haut (V.

¹⁹²⁷ Pour M. Scott L. Hoffman, ce néologisme, crée par la communauté des praticiens du *project financing* quoique communément accepté, n'a eu aucune suite repérable dans les dictionnaires: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, 3rd ed. 2008, op. cit. p. 19 ("The words *bankable* and *financeable* and their various forms are used frequently, although locating consistent acceptance in dictionaries has not been successful").

¹⁹²⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 97.

¹⁹²⁹ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 139 (l'expression bancabilité est soulignée par l'auteur); *adde*: Scott L. Hoffman, *The law and business of international project finance*, 3rd ed. 2008, op. cit. p. 19-20 ("Whether the King's English or not, the terms [*bankable* and *financeable*] are used to signify the acceptability, for financing purposes, of structure or any element of a project").

¹⁹³⁰ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 139.

¹⁹³¹ Cf. en ce sens M. Lequien et P. Cuche, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », in *Droit Administratif*, déc. 2004, p. 14 (ce sont les auteurs qui soulignent).

¹⁹³² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 98.

¹⁹³³ Cf. en ce sens S. E. Rauner, "Project finance: a risk spreading approach to the commercial financing of economic development" op. cit., p. 159. Pour cet auteur en effet: "(...) a viable project will have the following characteristics: (i) credit (*The project must be backed by strong credit*); (ii) general financial viability; (iii) other considerations: (...) *The general political and economic environment at the location of the project must be stable and friendly toward the type of development contemplated. (...) In addition, an adequate insurance program, priced consistently with the financial projections, must be available to cover the construction, start-up and operational phases of the project*".

supra n^{os} 527 et s.). Nous nous permettons par conséquent de renvoyer pour l'essentiel à ces développements¹⁹³⁴, lesquels nous ont conduits au demeurant à examiner un des objectifs des études de faisabilité à savoir le traitement des risques du projet.

B- La solidité de la structuration du projet : traitement optimal des risques – Renvoi

731. Nous avons vu que les études et évaluations préalables de faisabilité d'un projet réalisé en *project financing* ont pour objectif central la maîtrise des risques inhérents au projet en cause. Pour certains auteurs, lorsque les prêteurs analysent un projet en vue de s'assurer de sa bancabilité, ils portent une attention particulière à la structure contractuelle dudit projet et au traitement des principaux risques tel qu'effectué dans la documentation contractuelle¹⁹³⁵. Ils s'attachent, singulièrement, à vérifier que les contrats définissent clairement l'ensemble des risques qui peuvent affecter le bon déroulement du projet, les conséquences de leur survenance ainsi que la répartition de ces risques entre les différents participants du projet¹⁹³⁶. Du point de vue des risques, la bancabilité du projet consiste par conséquent à vérifier le traitement optimal de l'ensemble des risques du projet suivant le processus que nous avons longuement décrit aux sections 2 et 3 du présent chapitre à savoir en substance : identification, analyse, répartition, gestion et, éventuellement, rémunération. Nous nous permettons également de renvoyer aux analyses approfondies faites à ce propos *supra* (Cf. n^{os} 652 à 687).

732. En définitive, les vérifications des prêteurs tant en ce qui concerne la viabilité globale du projet qu'en ce qui concerne la solidité de sa structuration visent à s'assurer que toutes les conditions sont réunies pour que le projet soumis à financement est véritablement en mesure de produire durablement des revenus suffisants de sorte que le prêt, éventuellement consenti, soit remboursé. Cette préoccupation est souvent formulée en termes de production de cash flow suffisant.

II- La production de cash flow suffisant

733. Le cash flow du projet BOT en constitue la colonne vertébrale. Il est la mesure principale de la rentabilité du projet et retient pour cette raison l'attention des participants au projet, principalement les prêteurs mais également ses promoteurs. Son analyse permet de mieux appréhender une des caractéristiques essentielles du BOT. Par conséquent, après avoir énoncé les contours de la notion de cash flow (A), nous en examinerons l'application au BOT (B).

A- Les contours de la notion de cash flow

734. Notion d'origine anglo-américaine, le cash flow ne se laisse pas aisément saisir pour au moins deux raisons : d'une part, cette notion n'aurait pas d'équivalence exacte dans la langue française et, d'autre part, elle semble avoir connu une évolution dans un contexte économique très dynamique et global¹⁹³⁷. Nous retiendrons toutefois que la notion de cash

¹⁹³⁴ Pour des détails supplémentaires Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 139-159; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 97-123.

¹⁹³⁵ En ce sens Cf. M. Lequien et P. Cuhe, « La notion de « bancabilité » dans les opérations de financement privé d'équipements publics », op. cit., p. 15.

¹⁹³⁶ Ibid.

¹⁹³⁷ Cf. en ce sens, Ch. Zagoh, *La maîtrise des risques dans les financements de projet*, op. cit. p. 36 où l'auteur relève qu'il serait unanimement admis que la notion de cash flow est susceptible de multiples interprétations et

flow connaît une acception large et une autre restrictive, mais surtout qu'elle est et demeure de manière générale une mesure de la performance d'un projet. La conception large qui prévaut notamment aux Etats-Unis considère que le cash flow est la somme de tous les encaissements (« in flow ») diminuée de tous les décaissements (« out flow ») qu'il s'agisse des entrées et des sorties de fonds provoquées par l'exploitation ou par celles correspondant à des investissements ou des opérations financières¹⁹³⁸. Cette conception aboutit généralement à l'établissement de comptes de trésorerie sur la durée de vie du projet (« cash flow statement »), ce type de compte devant reprendre l'ensemble des flux financiers entrants et sortants de la société¹⁹³⁹. D'un autre côté, la conception restrictive du cash flow qui prévaudrait en Europe, et surtout en France, considère le cash flow comme le surplus monétaire que dégage l'entreprise du fait de son exploitation : il correspond donc à la différence entre la totalité des recettes et des dépenses d'exploitation de l'entreprise¹⁹⁴⁰.

- 735.** Plus fondamentalement cependant, le cash flow est perçu comme une mesure de la performance d'un projet puisque le compte de trésorerie est établi sur la base du cash flow et doit faire apparaître l'ordre des flux financiers sortants de sorte que l'ordre de lecture soit également l'ordre des paiements¹⁹⁴¹. Un tel ordre des paiements est par ailleurs considéré comme la notion essentielle d'une offre financière et, partant, du modèle financier qui en découle¹⁹⁴². Il caractérise la mesure de performance que constitue le cash flow. Dans le cadre du BOT, le cash flow suit l'ampleur et la nature de chaque projet particulier.

B- Le cash flow dans l'opération de BOT

- 736.** En tant qu'outil de mesure de la performance d'un projet, comme nous venons de le voir, le cash flow permet d'établir au bout du compte un ordre de paiement, c'est-à-dire en pratique une subordination des paiements en rapport avec les différentes sources de financement¹⁹⁴³. La notion de subordination sera analysée dans la deuxième partie de cette étude, au titre de la structuration financière du BOT (Cf. *infra* n^{os} 812 à 813). Retenons pour l'instant cette illustration schématique qu'en ont donné deux auteurs : un prêt 2 sera dit subordonné à un prêt 1 si le remboursement du prêt 2 ne s'effectue que dans la limite des fonds disponibles après le remboursement du prêt 1¹⁹⁴⁴. Dans une opération de BOT en pratique, le cash flow permettra à travers le modèle financier de modaliser contractuellement les obligations des emprunteurs au titre du remboursement du prêt¹⁹⁴⁵.

définitions de sorte que même le dictionnaire fiduciaire financier affirme que le terme nécessite souvent d'être redéfini avant toute utilisation.

¹⁹³⁸ Ibid. p. 38.

¹⁹³⁹ En ce sens Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 49.

¹⁹⁴⁰ Ch. Zagoh, *La maîtrise des risques dans les financements de projet*, op. cit. p. 39.

¹⁹⁴¹ Cf. en ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 49.

¹⁹⁴² Ibid.

¹⁹⁴³ Cf. en ce sens R. Vitale, "When bad things happen to good projects", in *International Financial Law Review*, 1999, p. 14 où l'auteur affirme : "Cash flow is the lifeblood of any non-recourse project (...) A project's covenant package may often impose extensive controls on the project company's right to administer its cash flow (...) The project may have covenants requiring it to fund – on a preferential basis – certain reserve accounts (such as major maintenance or debt service reserve accounts or other types of sinking funds) or to satisfy financial ratios, all of which can restrict the project's ability to utilize in-hand cash flow at a critical moment".

¹⁹⁴⁴ En ce sens I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁴⁵ Conformément à la capacité d'endettement du projet qui aura été déterminée à l'issue de l'analyse économique, les dates de remboursement ainsi que les modalités y relatives (service constant de la dette, principal constant ou remboursements en fonction du profil de revenus) sont contractuellement définies.

737. D'un autre côté, pour les raisons que nous évoquerons dans la prochaine sous-section, un projet socialement utile peut être « rendu rentable » grâce à l'intervention de l'Etat hôte sous l'une ou l'autre forme, par exemple les subventions. Le cash flow devra alors également prendre en compte les subventions dont bénéficie éventuellement le projet, d'autant plus que de telles subventions n'entraînent aucune rémunération (c'est-à-dire aucun paiement d'intérêts notamment). Dans ces circonstances, l'intervention de l'Etat hôte, souvent recherchée, peut contribuer à la pérennité du cash flow et, partant, de la rentabilité sur la durée du projet dès lors que celui-ci présente une utilité sociale considérable. Dans ce contexte, la rentabilité ne constitue pas une condition suffisante à la réalisation du projet.

Sous-section 2 : La rentabilité n'est pas une condition suffisante de la mise en œuvre d'un projet BOT

738. Condition nécessaire au financement du projet BOT, la rentabilité n'apparaît pas moins insuffisante pour sa mise en œuvre. En effet, si le projet se doit d'être rentable, une telle rentabilité doit également être pérenne. Le soutien du partenaire public peut garantir une telle pérennité, notamment dans l'hypothèse d'un projet présentant une utilité sociale, l'Etat étant *a priori* le meilleur promoteur et garant de l'utilité sociale. Si l'intervention de l'Etat dans un projet BOT est toutefois soumise à conditions (II), elle est généralement recherchée (I).

I- L'intervention recherchée du partenaire public

739. Le soutien des pouvoirs publics aux projets BOT est presque toujours recherché¹⁹⁴⁶ car, il constitue généralement un catalyseur¹⁹⁴⁷ et un facteur décisif pour la réussite de tels projets. Ce soutien peut se justifier par ailleurs en raison de retombées sociales et macroéconomiques, ces dernières n'étant pas toujours directement mesurables. De manière générale, la question du soutien et plus précisément du degré d'implication des pouvoirs publics se pose lors de la mise en œuvre de toute opération BOT. Cette question, transversale à notre étude, a fait l'objet de certains développements dans cette partie de l'étude. Elle le sera encore dans la deuxième partie, notamment au titre de la finalité de l'opération BOT.

740. Le soutien du partenaire public peut en effet prendre plusieurs formes : il peut s'agir de mesures générales visant à rendre propice l'environnement du pays aux opérations BOT ou encore de mesures plus spécifiques se rapportant à un projet donné. Seules nous intéressent pour l'instant les mesures spécifiques prises pour un projet donné par le partenaire public. Il peut s'agir d'une prise en charge directe d'une partie de l'investissement ou d'une partie des risques, de l'apport de garanties ou de certains financements. Plus précisément encore, afin d'assurer la rentabilité du projet et d'en faciliter le financement par les prêteurs, le partenaire public peut notamment intervenir par

¹⁹⁴⁶ Des auteurs affirment ainsi que: "By looking at the privately financed infrastructure projects in recent years, most BOT have obtained support from host governments in one form or another, directly or indirectly": S. Ye et R. K. L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power", in Engineering, Construction and Architectural Management, 7/4, 2000, p. 413 ainsi que les statistiques citées.

¹⁹⁴⁷ Pour Mme Anne-Marie Toledo et M. Paul Lignières, l'intervention publique permet de créer un "effet de levier" en attirant ce faisant des financements privés: A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 195.

le biais de subventions et garanties (A) ou d'une prise de participation dans le capital de la société du projet (B).

A- Le soutien à travers les subventions et garanties publiques – Renvoi

741. Le soutien du partenaire public peut se faire tout d'abord à travers les subventions. Un tel soutien vise en principe à diminuer le coût de l'investissement ou du financement ou encore le coût d'exploitation : il s'agira donc, de manière générale, de subventions d'investissement. Ces subventions peuvent être octroyées sous différentes formes : elles peuvent être versées en complément de prix, elles peuvent aussi être directes aux usagers ou croisées¹⁹⁴⁸. Les subventions versées en complément de prix peuvent être octroyées pour certaines infrastructures. Elles viendront par conséquent en complément du prix versé par les usagers. La rémunération de l'opérateur se composera dès lors du prix versé par les usagers et d'un complément de ce prix versé par les autorités publiques. L'intérêt d'un tel mécanisme est de permettre aux autorités publiques d'appliquer une politique tarifaire inférieure tout en gardant une forte incitation de l'opérateur privé, lequel demeure intéressé par l'augmentation des recettes et la diminution des charges¹⁹⁴⁹. D'un autre côté, les subventions directes aux usagers consistent pour un Etat à payer directement une partie de la facture de ménages remplissant certaines conditions. Un tel système aboutit à maintenir le prix du service à son niveau réel tandis que les subventions ne bénéficient qu'à ceux qui en ont besoin¹⁹⁵⁰. Ce mécanisme paraît recommandé dans certaines situations, même si l'on a relevé qu'il présentait l'inconvénient d'être difficile à mettre en œuvre et à contrôler¹⁹⁵¹. Enfin, les subventions croisées ou (« cross subsidies ») consistent en une sorte de péréquation permettant de faire financer une infrastructure non rentable par les recettes prélevées sur une autre infrastructure rentable¹⁹⁵².

742. En outre, le soutien du partenaire public peut se faire sous forme de garanties. De telles garanties pouvant par exemple couvrir un risque déterminé, l'achèvement de l'ouvrage ou encore une utilisation minimale de celui-ci. Nous étudierons plus avant les garanties du BOT dans la deuxième partie de cette étude (Cf. *infra* n°s 859 et s.). En définitive, outre son impact sur le traitement des risques du projet, l'intervention du partenaire public est souvent recherchée afin d'assurer une rentabilité pérenne du projet BOT. Ce faisant, le partenaire public cherchera également à renforcer les retombées sociales et macroéconomiques du projet. Participe de la même philosophie la prise de participations dans le capital de la société du projet par ce dernier.

¹⁹⁴⁸ A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 196-200. Ces auteurs relèvent également le mécanisme des concessions doubles, lequel consiste à associer à une même délégation de service public deux missions dont l'une est déficitaire et l'autre bénéficiaire de manière à aboutir à une sorte d'équilibre.

¹⁹⁴⁹ Ibid. n° 197.

¹⁹⁵⁰ Dans le même sens Ibid. n° 198.

¹⁹⁵¹ Cf. en ce sens V. Foster, « Designing direct subsidies for the poor – A water and sanitation Case Study », Public Policy for the Private Sector, World Bank, May 2000 cité par A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 198. Nous verrons cependant dans la deuxième partie que de telles mesures ont été appliquées avec quelque succès dans certains projets en Afrique (Côte d'Ivoire) et en Amérique Latine.

¹⁹⁵² A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 199 ainsi que les exemples cités dont celui du BOT australien du tunnel de Sydney Harbor dans lequel le concessionnaire était autorisé à percevoir les recettes du tunnel en plus de celles du pont existant.

B- La prise de participations au capital de la société du projet

743. La participation d'une personne publique au capital d'une société commerciale peut soulever des difficultés comme nous l'avons vu dans le cadre du chapitre préliminaire. Comme l'a affirmé le Professeur Orianne en effet, dès que les gouvernants estiment que pour assurer les bonnes fins de certaines de leurs actions il leur faut se muer en chefs d'entreprise, un trouble naît, dont les ondes de propagation vont s'étendre à l'infini et perturber de façon durable la perception par les administrés de la nature exacte, dans ces circonstances, de leurs rapports avec le pouvoir¹⁹⁵³. Certains auteurs ont toutefois estimé que sachant que le projet lui sera retransféré à la fin de la période de concession, le partenaire public est incité par cette perspective à soutenir le projet¹⁹⁵⁴.

744. De plus, la participation publique est parfois nécessaire dans le cadre des opérations BOT notamment parce que les promoteurs du projet peuvent être réticents à investir par des apports en capital¹⁹⁵⁵ ou tout simplement parce que l'ampleur du projet est telle que les autres participants ne peuvent parvenir seuls à son financement. Une participation en capital du partenaire public dans les projets BOT doit cependant demeurer exceptionnelle car en tout état de cause, l'intervention du partenaire public est soumise à conditions.

II- Une intervention du partenaire public conditionnée à l'optimisation de la dépense publique (ODP) ainsi qu'au respect de la concurrence – Renvoi

745. En premier lieu, l'intervention du partenaire public doit respecter la concurrence telle qu'elle est notamment traduite dans le droit des marchés publics. Ainsi par exemple, nous avons vu qu'au niveau européen, le « livre vert » de la Commission européenne¹⁹⁵⁶ établit une distinction entre PPP contractuels et PPP institutionnels, une telle distinction étant fondamentale au regard du droit européen dans la mesure où elle conditionne l'application de la réglementation européenne des marchés publics¹⁹⁵⁷ et, partant, le droit européen de la concurrence dans son ensemble. Nous renvoyons pour cette question aux développements faits dans le cadre du chapitre préliminaire et nous bornerons à indiquer que l'intervention du partenaire public doit respecter la réglementation en matière de concurrence et, plus généralement, la libre concurrence.

746. En second lieu, l'intervention du partenaire public doit se faire à l'aune de l'optimisation de la dépense publique (ODP). Pour rappel, le seul fait pour un partenaire public de conclure un contrat avec un opérateur privé en vue de fournir ou de réaliser des biens ou services collectifs ne garantit nullement un rendement meilleur des fonds que ce partenaire public engage. Encore faut-il que, dès lors que la question de sa faisabilité financière est réglée, le projet puisse aussi permettre une ODP c'est-à-dire essentiellement : une réduction des coûts pendant son cycle de vie, une meilleure répartition du risque (prenant en compte les capacités et l'aptitude réelles du partenaire

¹⁹⁵³ P. Orianne, Préface à l'ouvrage de D. Déom, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990, p. vii.

¹⁹⁵⁴ Cf. en ce sens Richard A. Brealey, Ian A. Cooper and Michel A. Habib, "Using project finance to fund infrastructure investments", op. cit., p. 36.

¹⁹⁵⁵ En ce sens A.-M., Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 202.

¹⁹⁵⁶ Livre vert de la Commission européenne sur les Partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 30 avril 2004 disponible sur le site internet :

http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp

¹⁹⁵⁷ En ce sens, K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 37.

public) ainsi qu'une amélioration du service ou du bien et l'obtention de recettes supplémentaires (Cf. chapitre préliminaire *supra* n^{os} 169 à 173).

747. En tout état de cause, la répartition optimale des risques ainsi que la rentabilité du projet qui constituent la substance du BOT doivent, notamment dans les hypothèses d'intervention du partenaire public, composer tant avec la faisabilité financière du projet qu'avec et surtout la réalisation d'une optimisation de la dépense publique. Le BOT apparaît alors comme une quête permanente d'équilibre et d'harmonie dans un contexte où les intérêts en cause sont loin d'être identiques.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

748. La dualité d'approche du concept de BOT semble *a priori* révéler une divergence de philosophie : d'une part, l'approche juridique classique (ou juridico-institutionnelle) consacre une prééminence des concepts et pratiques de droit public et, d'autre part, l'approche économique et financière est dominée par la recherche de la rentabilité du projet ainsi qu'une répartition des risques. Cette divergence *a priori* résulte de ce que, d'une part, l'approche juridique classique perçoit le BOT comme une modalité d'exécution de la commande publique, une telle modalité s'inspirant essentiellement du modèle concessif tandis que, d'autre part, l'approche économique et financière perçoit le BOT comme une modalité du *project financing*. Une telle approche duale n'est toutefois pas à même de rendre compte de manière satisfaisante du concept du BOT. Il convient en effet d'éviter de tomber dans l'écueil de la logique purement binaire consistant à opposer le modèle concessif au modèle inspiré du *project financing* car le BOT, nous semble-t-il, est une réalité qui est le produit conjoint de ces deux approches. Si l'approche segmentée du concept de BOT offre l'avantage d'un éclairage particulier et apporte la précision du spécialiste de la spécialité envisagée – le juriste (et à l'intérieur de ce groupe le publiciste et le privatiste) et l'économiste/financier – cette segmentation brise l'unité de l'objet. Chacune des disciplines précitées attire en effet dans sa sphère d'analyse une partie de l'objet en croyant en saisir la totalité et ne faisant, en fin de compte, qu'en présenter une facette.

749. Dans la réalité, les deux approches sus-analysées du concept de BOT paraissent plus complémentaires qu'irréductiblement opposées. Derrière chaque approche se cache une organisation, une interprétation et des grilles de lecture qui se veulent protectrices de certains intérêts. Ces différentes approches décrivent en fait les diverses faces d'une seule et même réalité, une coopération économique, faite à la fois d'harmonie et de conflits, d'équilibre et de changement.

DEUXIEME PARTIE : L'UNITE REELLE DU CONCEPT DE BOT : UN INSTRUMENT DE COOPERATION ECONOMIQUE

« La représentation actuellement dominante des réseaux et autres arrangements hybrides (contrats de longue durée, *joint ventures*) s'avère toute différente. Ces concepts désignent généralement l'ordre décentralisé d'une collaboration d'acteurs autonomes. Il s'agit alors de formes souples de coopération, ne correspondant plus à de simples interactions transitoires, mais ne présentant pas encore la densité de la coopération propre à l'organisation formelle ».

Gunther Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1996, p. 271-272.

750. Dans son sens courant, « coopérer » c'est « participer à une œuvre commune » c'est-à-dire collaborer, concourir, contribuer ou alors aider ou assister quelqu'un. Dans le cadre d'une transaction, coopérer consistera à « agir conjointement avec » son partenaire¹⁹⁵⁸. De là l'idée que dans le droit et la pratique des affaires, « *Promettre de coopérer, c'est accepter d'agir uni, c'est avouer que l'on se reconnaît lié par des intérêts communs ou convergents. Ce n'est donc pas, comme l'exige le droit commun de la loyauté, simplement s'obliger à ne pas nuire aux intérêts du partenaire. C'est plus encore : c'est s'obliger à prendre ses intérêts en compte, à les respecter et à agir en vue de leur développement* »¹⁹⁵⁹. Pour M. François Diesse, un tel devoir de coopération est plus étendu que l'obligation de bonne foi, laquelle serait limitée à la croyance erronée et excusable ou au devoir de ne pas nuire à son partenaire alors que la coopération impose quant à elle, en plus de la loyauté, une diligence renforcée et un comportement bienveillant apprécié selon les circonstances et la nature du contrat¹⁹⁶⁰. La coopération serait alors le sanctuaire du contrat et a vocation à s'y imposer comme principe général du droit¹⁹⁶¹. Sous le prisme du droit public, un autre auteur affirme qu'il y a « *rapport de coopération lorsque au moins deux entités mettent en commun leurs moyens pour l'exercice d'une activité dont elles ont chacune la compétence. Le rapport de coopération implique qu'aucune des entités ne se voie transférer des compétences qu'elle ne possédait pas initialement, et qu'une entité de coopération autonome créée pour gérer les compétences mises en commun ne détienne elle-même aucune autre compétence que celles qui lui ont été transférées* »¹⁹⁶². Pour cet auteur, une telle définition exprimerait le principe, et les limites, de la coopération et paraît s'appliquer aussi bien aux rapports entre plusieurs collectivités publiques qu'entre le secteur public et le secteur privé¹⁹⁶³.

751. L'exigence de coopération semble par ailleurs plus rigoureuse dans les contrats internationaux, le caractère international d'une opération impliquant alors pour les parties plus de diligence, de promptitude et de célérité dans l'exécution de leurs obligations et l'exercice de leurs droits¹⁹⁶⁴. Des paramètres tels l'extranéité du contrat, la qualité ou la

¹⁹⁵⁸ V. sentence *Klöckner et al. c/ Cameroun* du 21 oct. 1983, JDI, 1984, p. 409-454 (extraits).

¹⁹⁵⁹ B. Mercadal, « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », in DPCI 1984, T. 10, n° 3, p. 319.

¹⁹⁶⁰ F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », in RDAI, n° 7, 1999, p. 737.

¹⁹⁶¹ F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 261.

¹⁹⁶² P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 332.

¹⁹⁶³ Ibid.

¹⁹⁶⁴ En ce sens, F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 738.

personnalité des parties, la complexité ou le long terme de l'opération devront être pris en compte par chaque contractant pour moduler son comportement. De tels paramètres caractérisent en général et pour l'essentiel les opérations de BOT. Il importe alors de vérifier plus généralement toutes les assertions sus-présentées et relatives à la coopération et d'examiner comment cette dernière se manifeste dans le cadre du BOT.

752. A première vue, la coopération apparaît modulable et par conséquent susceptible de degré dans le cadre du BOT où elle semble se déployer à travers un système hybride¹⁹⁶⁵, de contrats et structures ou organisations. Un tel système doit en principe être fondé sur un « animus cooperandi »¹⁹⁶⁶ dont l'effet est de transformer les cocontractants en partenaires véritables occupés par une finalité commune. Dans ce contexte, le BOT semble en effet se situer entre le contrat et l'organisation (ou encore entre le marché et la hiérarchie) ce qui, dans une perspective de *law and economics*, conduit à aller au-delà d'une analyse purement contractualiste (contrats, transactions...). Pour convaincre dès lors, il convient de fournir une unité théorique qui prenne également en compte l'importance du cadre institutionnel (au sens de tout ce qui n'est pas contrat) sur la décision de coopérer autant que sur l'évolution des accords qu'implique une opération de BOT. Précisons – et c'est fondamental – que doit également être pris en compte le cadre institutionnel au sens des structures, organisations et règles (notamment juridiques et judiciaires) de l'Etat d'accueil du projet. Il s'agit en réalité d'un paramètre essentiel¹⁹⁶⁷ de l'analyse du BOT d'autant plus que l'un des partenaires à ce type d'opérations est bien souvent une partie étatique ou, à tout le moins, une personne publique. Rentre alors en ligne de compte la finalité de l'opération BOT et partant, la finalité même de la mission de personne publique à l'exécution de laquelle sont associés les partenaires privés.

753. En outre, l'imbrication entre parties à une opération de BOT ainsi qu'entre les intérêts de celles-ci ne saurait en faire simplement une configuration Principal/Agent. Elle semble en effet instaurer une coopération consistant en une co-crédation de valeur et faisant intervenir plusieurs partenaires se partageant les risques et parfois le travail. De tels partenaires sont à tour de rôle voire en même temps Principal/Agent. Dérivé du *project financing* tel que nous l'avons analysé, le BOT se traduit également en un montage dont le but est de réunir des compétences. La notion des compétences occupe donc une place de choix dans tout BOT dont le succès est conditionné par une aptitude particulière à combiner entre autres les ressources financières, techniques/technologiques, cognitives afin de créer de la valeur c'est-à-dire de réaliser l'opération projetée.

¹⁹⁶⁵ Pour une tentative d'appréhension de telles formes hybrides Cf. G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1996, p. 267 et s. Pour cet auteur (p. 275), il s'agit de réseaux, lesquels sont des systèmes autopoïétiques de degré supérieur qui transcendent le contrat et l'organisation.

¹⁹⁶⁶ L'*animus cooperandi* traduirait la « volonté de coopération » c'est-à-dire l'état d'esprit qui anime les cocontractants engagés par un lien de coopération. Cette notion épuiserait par conséquent celle de « l'affectio societatis » qui, dans les sociétés civiles et commerciales, traduit l'engagement et la volonté de s'associer : Cf en ce sens F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit. p. 774, spéc. notes 9 et 11.

¹⁹⁶⁷ Comme le souligne M. Fernando Gomez, cette dimension a généralement été sous-estimée par les défenseurs du caractère auto-suffisant des accords basés sur l'échange ainsi que par les économistes des coûts de transaction. Pour l'auteur en effet: "*Formal contracting and the rules of contract law are by no means unimportant in the area of long-term contracting, including contract networks. In fact, evidence shows that parties do rely to an important extent, and for some dimensions of the relationship, on those legal instruments*": F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 31 ainsi que les références aux études empiriques citées par l'auteur.

- 754.** De tout ce qui précède, l'on peut subodorer à ce stade de l'analyse que le BOT n'instaure pas une coopération qui se limite à des relations de nature interindividuelle. En effet, l'interdépendance tant entre les obligations des parties qu'entre les parties elles-mêmes est telle que certains mécanismes de type collectif doivent être mis en place, d'où le rôle important joué par le double cadre institutionnel précité. Un tel cadre doit alors essentiellement viser, d'une part, la levée de toute forme d'indétermination contractuelle qui subsiste malgré l'ensemble des structures d'incitation et/ou de sanction et, d'autre part, l'établissement des relations de confiance entre partenaires aux fins de s'assurer de l'engagement de ces derniers.
- 755.** Il en résulte que le BOT apparaît non comme une forme éphémère et instable de coordination, mais comme un véritable instrument de coopération économique, ce qui lui donne son unité théorique. Cette unité théorique nous paraît rencontrer la nature fonctionnelle du BOT, ce qu'il est question de vérifier dans cette deuxième partie. Nous verrons dès lors que l'unité du BOT est fondée sur une double orientation d'action à laquelle s'ajoute la nature particulière du contrat siège de l'opération. Tout d'abord, l'unité du BOT tient au fait qu'il réalise un équilibre dynamique d'ensemble sur le long terme fondé sur une interdépendance contractuelle et structurelle (Titre 1). Ensuite, cette unité tient à la finalité globale du BOT mais également à la nature particulière du contrat siège de l'opération (Titre 2).

**TITRE I : UNE COOPÉRATION ÉCONOMIQUE FONDÉE SUR UN ÉQUILIBRE DYNAMIQUE
D'ENSEMBLE SUR LA DURÉE ET RÉSUULTANTE DE L'INTERDÉPENDANCE STRUCTURELLE ET
CONTRACTUELLE DE L'OPÉRATION DE BOT**

- 756.** « La pluralité de contrats concourant à la réalisation d'une opération globale est sans doute l'une des manifestations juridiques de la complexité contemporaine des faits, des techniques et de l'économie »¹⁹⁶⁸. Selon M. Sébastien Pellé, la complexité apparaît lorsqu'un phénomène est composé de plusieurs éléments constitutifs et la réduction serait de croire que ce phénomène peut être analysé à travers la connaissance de ses seuls éléments constitutifs alors que pour le saisir, il faut cerner le processus dynamique entre le tout et ses parties¹⁹⁶⁹. A cette fin, nous sommes d'avis que la complexité ne doit pas être réduite, mais doit être comprise, démêlée, dépassée¹⁹⁷⁰.
- 757.** Appréhender la relation dynamique qui s'instaure dans une opération BOT entre le tout et chacun de ses éléments constitutifs nous semble ouvrir à la notion d'interdépendance, notion à même de caractériser la situation de coopération qu'implique une telle opération. Pour un auteur en effet, "*A hallmark of the classic non-recourse infrastructure transaction is the extensive interdependence of a wide variety of contracts. Contracts related to the project's construction, operation maintenance, repair, insurance, financing and authorization to operate are usually interwoven in such a manner that the termination or breach, in whole or in part, of any one can quickly cause a ripple-through effect in a host of other areas*"¹⁹⁷¹. Le risque d'interface inhérent aux opérations de BOT illustre à suffisance la situation d'interdépendance que font naître de telles opérations. La gestion du risque d'interface se conçoit en effet comme la gestion de la communication, de la coordination et des responsabilités à travers des frontières communes à deux ou plusieurs organisations, phases ou entités physiques interdépendantes¹⁹⁷². C'est dire si l'interdépendance est véritablement au cœur de toute opération BOT, au vu de l'enchevêtrement de contrats – mais aussi de structure(s) – qu'elle implique. C'est d'ailleurs à travers la notion de « groupes de contrats »¹⁹⁷³ que de nombreuses études ont été consacrées à l'interdépendance.

¹⁹⁶⁸ J. Foyer et M.-L. Demeester, préface à la thèse de S. Pellé intitulée, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007.

¹⁹⁶⁹ S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, op. cit., p. 2-3 et spéc. note 7 ainsi que la référence à E. Morin citée par l'auteur.

¹⁹⁷⁰ En ce sens Cf. J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, thèse Aix-en- Provence, 2001, PUAM, 2002, n° 358 cité par S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, op. cit. p. 2.

¹⁹⁷¹ R. Vitale, "When bad things happen to good projects", in IFLR, sept. 1999, p. 14.

¹⁹⁷²¹⁹⁷² En ce sens Cf. *Wideman Comparative Glossary of Project Management Terms* vol. 3, 2003 cité par Weng Tat Chan, Chuan Chen, John I. Messner and D. Kim Huat Chua, "Interface management for China's Build-Operate-Transfer Projects" in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 131, n° 6, 2005, p. 646.

¹⁹⁷³ Cf. les études de B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, Paris, LGDJ, 1975 et de J. Nêret, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979 ; adde : J.-M. Marmayou, *L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties (méthode de distinction)*, op. cit. ; S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001 ; S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, op. cit. L'étude précitée de M. Teyssié, presque unanimement qualifiée de fondatrice, propose une distinction entre deux catégories de groupes de contrats à savoir les chaînes et les ensembles contractuels. Pour cet auteur, c'est la nature du lien qui unit les contrats qui constitue le critère de distinction ainsi opérée : dans les chaînes, ils sont unis par l'objet tandis que dans les ensembles ils le sont par la cause.

758. Mme Sarah Bros considère que l'interdépendance est un lien bien connu du droit des contrats¹⁹⁷⁴. Il s'agirait alors d'« *un lien entre des contrats participant à une opération économique unique* »¹⁹⁷⁵, d'autant, comme le précise l'auteur, qu'à l'occasion de l'analyse récente de nouveaux montages contractuels, le terme d'interdépendance a été employé pour signifier un lien unissant des contrats¹⁹⁷⁶. La thèse de Mme Bros est toutefois contestée par M. Sébastien Pellé qui estime que, si le mot d'interdépendance a d'ores et déjà pénétré le vocabulaire juridique, la notion elle-même reste inconnue du juriste, faute de révéler cette relation dynamique entre le tout et chacun de ses éléments constitutifs qui participerait de l'essence de cette notion¹⁹⁷⁷. Pour cet auteur, l'interdépendance contractuelle n'est ni la transposition, dans les relations entre contrats, de « l'interdépendance des obligations » du contrat synallagmatique, ni, par conséquent, la dépendance réciproque entre deux contrats¹⁹⁷⁸. L'interdépendance contractuelle devrait alors être appréciée entre l'opération globale et chacun des contrats nécessaires à sa réalisation, cette seule vision permettant de rendre compte de la relation dynamique qui s'instaure entre le tout et chacun de ses éléments constitutifs de sorte à autoriser une véritable compréhension des ensembles de contrats¹⁹⁷⁹.

759. Si la démarche de M. Pellé paraît pertinente pour l'étude de l'opération de BOT, le qualificatif d'« ensembles de contrats » ne nous semble pas approprié pour caractériser le BOT. En effet, il a été proposé de distinguer de tels ensembles contractuels en fonction des effets du lien instauré entre les conventions : certaines conventions seraient enserrées unilatéralement avec le contrat auquel elles sont unies tandis que d'autres sont placées dans une dépendance réciproque¹⁹⁸⁰. En outre, les notions mêmes de « groupes de contrats » ou d'« ensembles contractuels » semblent avoir connu un rejet tant en doctrine qu'en jurisprudence et ce, aussi bien en France qu'en Belgique¹⁹⁸¹. Bien plus, la distinction subséquente entre chaînes de contrats (unis par leur objet) et ensembles de contrats (unis par leur cause) conduit à deux conséquences qu'il convient de mettre en rapport avec la réalité de l'opération BOT. D'une part, la chaîne de contrats est présentée comme se caractérisant par son rapport linéaire au temps – ce qui signifie que les contrats sont conclus de façon chronologique et se succèdent alors dans le temps – et par l'absence de personnage central dans la mesure où aucune des parties ne cherche à atteindre un résultat global grâce à la combinaison de plusieurs contrats. D'autre part, l'ensemble contractuel est quant à lui présenté comme étant constitué de contrats unis par leur cause entendue comme « *la fin commune d'ordre économique, à savoir l'opération globale dont*

¹⁹⁷⁴ Sur la naissance et l'évolution du lien d'interdépendance Cf. S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, op. cit., p. 1-3.

¹⁹⁷⁵ Ibid. n° 252. L'interdépendance contractuelle est alors considérée par l'auteur comme une dépendance réciproque appréciée entre les contrats eux-mêmes.

¹⁹⁷⁶ Ibid. n° 4. L'auteur précisant ensuite que lorsque la réalisation d'une opération économique globale implique la coexistence de plusieurs conventions, et qu'un contrat n'offre d'utilité qu'en présence d'un autre, ces contrats sont parfois dits interdépendants.

¹⁹⁷⁷ Pour M. Pellé en effet, le vocabulaire juridique ne connaît le mot interdépendance que pour exprimer l'interdépendance des obligations et ne fait aucune référence à l'interdépendance des contrats. Ce même vocabulaire juridique assignerait, de manière surprenante selon l'auteur, un second sens à l'interdépendance considérée comme une dépendance mutuelle entre deux personnes caractérisant les situations de solidarité et de cogestion : S. Pellé, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, op. cit., p. 14 ainsi que la référence à G. Cornu citée par l'auteur en note 46.

¹⁹⁷⁸ Ibid. p. 14 (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

¹⁹⁷⁹ Ibid. p. 17.

¹⁹⁸⁰ Cf. en ce sens B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, op. cit., n° 174.

¹⁹⁸¹ En ce sens et pour une présentation synthétique des débats et leur évolution dans les deux pays, Cf. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome 1, p. 747 et s.

la réalisation est poursuivie à travers tel ensemble contractuel »¹⁹⁸². L'ensemble contractuel se caractériserait par conséquent par son rapport circulaire au temps et par la présence d'un personnage central qui coordonne l'ensemble.

760. Une telle distinction ne paraît pas aussi tranchée dans le cadre d'un BOT, opération hybride, même si le schéma de l'ensemble contractuel paraît s'en rapprocher. Ainsi par exemple, de la présence dans toute opération de BOT d'un personnage central – la société du projet en l'occurrence – autour duquel le projet se structure et qui, tout en étant en relation directe avec tous les autres intervenants au projet, a la charge d'en organiser et d'en coordonner la réalisation. Le BOT présente toutefois la particularité, d'une part, d'assigner au personnage central précité un rôle multidimensionnel et, d'autre part, de combiner tant les rapports linéaires et circulaires au temps que les rapports verticaux et horizontaux entre parties, comme il sera analysé *infra*. L'opération de BOT nous semble ainsi tirer profit d'une combinaison de variété et de redondance¹⁹⁸³. Il en résulte que le BOT s'appuie sur des rapports imbriqués, traduisant un équilibre dynamique d'ensemble sur la durée, fruit d'une coopération fondée sur une interdépendance structurelle et contractuelle¹⁹⁸⁴. Nous verrons ainsi qu'un certain nombre de contrats et conventions¹⁹⁸⁵ fixent tant les contours que les bases de la coopération entre parties à l'opération BOT (chapitre 1) tandis que des structures et certains autres contrats en permettent la matérialisation (chapitre 2).

¹⁹⁸² B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, op. cit., n° 67.

¹⁹⁸³ Pour M. Teubner qui cite Luhmann, « *La variété désigne la multiplicité et la diversité des éléments d'un système, tandis que la redondance désigne la mesure dans laquelle la connaissance d'un élément permet d'en deviner d'autres, indépendamment d'informations complémentaires. Il s'agit de deux mesures différentes, mais non strictement opposées, de la complexité* » : G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, op. cit., p. 275-276 et les références citées.

¹⁹⁸⁴ Pour certains auteurs en effet, "The commitment of a BOT project involves various procedures that are affected by many internal and external project factors (...) In particular, many procedures and operations require a close cooperation and links between investors and various government departments": L. Shen, R. K. H. Lee and Z. Zhang, "Application of BOT system for infrastructure projects in China", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 122, n° 4, 1996, p. 323; *adde*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 13 où l'auteur affirme: "One can readily see (...) that the project contracts are like links in a bundle of chains: if one link in one chain breaks, then the whole bundle of chains holding up the project may be threatened".

¹⁹⁸⁵ Il est coutume de dire que le contrat constitue l'espèce d'un genre plus étendu qu'est la convention, cette dernière – qui n'est elle-même qu'une source d'obligations ayant un objet plus large que le contrat – n'aurait pas seulement pour finalité de faire naître des obligations mais permettrait aussi de les transmettre, de les modifier et de les éteindre : Cf. Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989, p. 10-11. On a toutefois relevé que la jurisprudence manque de rigueur et utilise souvent une notion pour l'autre et que cette distinction elle-même n'a pas d'intérêt pratique : Cf. en ce sens M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 625, préc. note 14 ainsi que les références à Ghestin et Terré, Simler et Lequette citées. Nous utiliserons par conséquent l'une et l'autre notions comme synonymes.

CHAPITRE 1 : LES CONTRATS ET CONVENTIONS FIXANT LES CONTOURS ET LES BASES DE LA COOPÉRATION ENTRE PARTIES À L'OPÉRATION DE BOT

761. Au départ de toute opération de BOT se trouve le contrat de BOT ou « project agreement » qui s'inspire du modèle concessif tel qu'étudié dans la première partie. Juridiquement, ce contrat lie sur le plan des principes le partenaire public et la société du projet. Dans la réalité cependant, il fixe le cadre et les bases de la coopération entre l'ensemble des parties à l'opération de BOT ou, à tout le moins, en précise les contours et les paramètres essentiels (section 1). Il est la charnière de tout BOT – quels que soient par ailleurs le type de projet et le pays concernés¹⁹⁸⁶ – autour de laquelle se construisent, s'intègrent et évoluent les autres contrats. Ce contrat est généralement appuyé tant par les contrats et conventions de financement, d'assurance et/ou de couverture (section 2) que par des garanties (section 3) et sûretés (section 4) concourant ou accompagnant la réalisation de l'opération. Une précision mérite d'être d'emblée apportée à la distinction faite ici entre garanties et sûretés : une telle distinction répond principalement à un souci de clarté mais s'appuie également sur l'opinion selon laquelle la garantie est le genre et la sûreté l'espèce¹⁹⁸⁷.

SECTION I : LE CONTRAT DE BOT OU « PROJECT AGREEMENT » : SIÈGE DE LA COOPÉRATION AUX TRAITS DU MODÈLE CONCESSIF

762. « *Le trait commun entre ces deux traditions [de droit public français et de common law] est que la concession est essentiellement un système économique et juridique permettant d'organiser le transfert au privé d'activités de type monopolistique. C'est une forme de gestion d'une activité économique d'intérêt général* »¹⁹⁸⁸. Encore conviendra-t-il d'analyser de manière approfondie ce que recouvre cette notion d'intérêt général, notamment dans le cadre d'un BOT (Cf. *infra* Titre II n^{os} 1087 et s.). Néanmoins, le modèle concessif classique a été très longuement analysé dans la première partie de cette étude (Cf. chapitre 1 première partie n^{os} 212 à 290). Son économie ainsi que ses caractéristiques et régimes juridiques ont été disséqués et ses variantes présentées. Tout ceci a été ensuite rapproché puis distingué du BOT dans le but de faire ressortir l'originalité de ce dernier, laquelle doit à présent être complètement dressée. Il est en effet apparu que le BOT est très souvent assimilé à la concession alors que, comme nous l'avons vu, celle-ci est un pur produit d'une évolution interne dans des contextes historiques et culturels déterminés¹⁹⁸⁹. Nous avons également vu que la « projection » du modèle concessif dans la sphère internationale¹⁹⁹⁰ s'est traduite par une « amphibologie du terme concession »¹⁹⁹¹ ainsi qu'une transformation de la pratique de la concession elle-même¹⁹⁹². Une telle transformation a été

¹⁹⁸⁶ Pour l'UNIDO par exemple, « *The main features and functions of project agreements are, however, similar irrespective of the type of facility and country concerned* » : UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 223.

¹⁹⁸⁷ Cf. en ce sens I. Riassetto, *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, op. cit. p. 24 ainsi que la référence citée ; *adde* dans le même sens M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd., Paris, Litec, 2007, p. 4 où les auteurs affirment se rallier à la conception qui consiste « à isoler dans l'ensemble constitué par les garanties le sous ensemble formé par les sûretés ».

¹⁹⁸⁸ R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », op. cit., p. 292.

¹⁹⁸⁹ Pour rappel, on s'est ainsi souvent référé à la concession comme étant le « french model ».

¹⁹⁹⁰ V. notamment Banque mondiale, Rapport sur le développement dans le monde en 1994 : une infrastructure pour le développement, Washington, 1994 disponible sur le site www.worldbank.org; *adde* : R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », op. cit., p. 291.

¹⁹⁹¹ F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in, *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 17.

¹⁹⁹² Sur les difficultés liées à l'introduction de financements innovants dans la pratique de la concession en France, Cf. P. Lignières et M. Ben Slama, « Octroi des concessions : Risques juridiques du montage financier »,

remarquablement illustrée dans le cadre du BOT Eurotunnel, projet franco-britannique, dont l'acte fondateur fut qualifié de concession et soumis aux principes du droit international¹⁹⁹³.

763. Bien plus, l'analyse révèle que si le contrat de BOT s'inspire du modèle concessif, certains des éléments ou caractéristiques de ce dernier prennent un relief particulier dans le cadre d'une opération de BOT. A ceci, il faut également ajouter les caractéristiques propres à la technique du BOT dont découlent les trois principales fonctions assignées au « project agreement »¹⁹⁹⁴. Il ne paraît par conséquent pas satisfaisant, ni pour l'esprit, ni dans la réalité, d'assimiler le contrat de BOT à la concession classique. Par commodité de langage toutefois, l'expression concession sera souvent utilisée dans cette partie de l'étude pour désigner le contrat de BOT ou « project agreement ». On remarquera alors que la durée d'un tel contrat constitue le pivot de toute opération de BOT (sous-section 1) et que celui-ci, par ses fonctions de coordination et d'intégration, présente un caractère essentiellement coopératif aux fins d'équilibre ou de proportion entre les intérêts et les responsabilités des parties (sous-section 2).

Sous-section 1 : La durée du contrat de concession constitue le pivot de l'opération de BOT

764. Dans un projet BOT, le contrat de concession est conclu entre, principalement, le partenaire public et la société du projet (qualifiée de manière générique de concessionnaire). Le point de départ d'un tel contrat va de la conception du projet jusqu'à son transfert final. Il fixe notamment les bases et les contours de la coopération entre parties, reprenant généralement la répartition initiale des risques ainsi que les droits et obligations de celles-ci. Par ailleurs, la durée de la concession est considérée comme un facteur essentiel dans la mise en œuvre du BOT car, elle influence directement tant les intérêts des promoteurs du projet que ceux du partenaire public concerné¹⁹⁹⁵. Selon un auteur, on a par exemple reproché à la durée des concessions dans le BOT d'être à ce point longue que l'élément transfert apparaît comme immatériel¹⁹⁹⁶. Le contrat de concession doit par conséquent indiquer une durée adéquate de l'opération. De cette durée, dépendent en effet aussi bien la viabilité financière du projet (I) que le degré d'exposition des parties aux risques dont celles-ci doivent par ailleurs assurer le traitement et, partant, l'efficacité globale de l'opération (II).

I- La durée de la concession détermine la viabilité financière du projet

765. Traditionnellement, tout en affirmant que toutes les concessions de service public ne sont pas nécessairement des contrats de longue durée, on a considéré que la durée généralement

in Droit Administratif, août-sept. 2002, p. 35; *adde* pour un panorama de l'application du modèle concessif dans le monde (à la date du 1^{er} janvier 1997), C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 105-219.

¹⁹⁹³ Sur cette qualification et son rapport au droit anglais Cf. notamment E. I. Walker-Arnott, « The Channel tunnel concession », in IBL, January 1996, p. 12-14.

¹⁹⁹⁴ Ces trois fonctions importantes du contrat de BOT identifiées par l'UNIDO sont : (i) the project agreement is the basic contract between the host government (or a government entity) and the project company authorizing the project company to construct and operate the project (...) and establishing the parameters of the concession; (ii) the participation of third parties in BOT arrangements is closely coupled with the content of the project agreement; (iii) the project agreement is used as a tool for coordinating and integrating the various financial, construction and operation contracts constituting the contract package required for a BOT project.

¹⁹⁹⁵ L.Y. Shen, H.J. Bao, Y.Z. Wu and W.S. Lu, "Using bargaining-game theory for negotiating concession period for BOT-type contract", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 133, n° 5, May 2007, p. 386.

¹⁹⁹⁶ J.D. Appiah, "Infrastructure projects: BOT projects developed country structuring", op. cit. p. 207.

longue de tels contrats s'explique par le fait d'un amortissement sur plusieurs années des installations réalisées par le concessionnaire¹⁹⁹⁷. Si la justification théorique d'un tel procédé est exacte et paraît simple, toujours est-il qu'établir la durée de la concession dans une opération BOT pose un défi tant au partenaire public qu'aux partenaires privés. En effet, l'impact d'une telle durée est hautement significatif pour la viabilité financière du projet et, par conséquent, sur le retour sur investissements attendu, notamment par les partenaires privés¹⁹⁹⁸. La détermination de la durée de la concession doit en effet prendre en compte les différentes phases de mise en œuvre du BOT telles que présentées dans la première partie à savoir principalement: la phase de développement (avec notamment les études de faisabilité), la phase de construction, la phase d'exploitation et la phase de transfert.

766. Toutefois, il paraît impératif de n'inclure dans cette durée que les phases pertinentes. Par conséquent, seules les phases de construction et d'exploitation sont souvent comprises dans la durée de concession, ce qui entraîne deux structures de durée possibles : d'une part, la structure à durée unique – la durée va alors de l'octroi de la concession jusqu'au transfert final du projet au partenaire public – et, d'autre part, la structure à durée duale, laquelle définit tout d'abord une période de construction et ensuite une période d'exploitation¹⁹⁹⁹. La structure à durée unique combine par conséquent les phases de construction et d'exploitation tandis que la structure à durée duale sépare ces deux phases. Une fois le choix d'une structure de durée opéré, il s'impose de s'assurer de l'effectivité de chaque phase du projet par des incitations appropriées.

767. En tout état de cause, le concessionnaire doit être à même de recouvrer les sommes investies et d'avoir un retour sur investissement raisonnable endéans la durée de la concession²⁰⁰⁰. D'un autre côté, pendant cette durée et au terme de celle-ci, le partenaire public doit pouvoir bénéficier d'installations parfaitement opérationnelles et financièrement accessibles, notamment aux usagers. Il s'avère alors essentiel d'établir un profil de cash flow ainsi qu'un taux attendu de retour sur investissement précis avant de s'accorder sur la durée de la concession²⁰⁰¹. Il en résulte que les parties doivent étroitement coopérer, dès la phase préliminaire de développement du projet, afin, d'une part, de déterminer une durée adéquate de la concession (A) et, d'autre part, de concevoir après la détermination d'une telle durée les schémas et structures incitatifs nécessaires à la bonne exécution des différentes phases de l'opération (B).

¹⁹⁹⁷ En ce sens Cf. J. Dufau, *Les concessions de service public*, op. cit., p. 27.

¹⁹⁹⁸ Pour M. Laurent vandomme, la durée de la convention BOT constitue la période au cours de la quelle la société du projet sera autorisée à exploiter le projet et à en tirer des revenus et est un des facteurs fondamentaux pour déterminer la rentabilité d'un projet: L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », in RDAI, n° 8, 1999, p. 886.

¹⁹⁹⁹ S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", in *Construction Management and Economics*, July 2003, 21, p. 472.

²⁰⁰⁰ En ce sens Cf. Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis in R. Huijbregts (ed.), *Case studies on Build Operate and Transfer*, Delft, Delft University of Technology, 1996, p. 14; *adde*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 16; L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 886 ; R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », op cit., p. 290.

²⁰⁰¹ L.Y. Shen, H. Li and Q.M. Li, "Alternative concession model for Build Operate Transfer contract projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 128, n° 4, 2002, p. 329.

A- La coopération dès la phase préliminaire de développement aux fins de déterminer une durée adéquate de la concession

768. La durée de la concession est traditionnellement déterminée sur la base d'une analyse des cash flow conduite par les promoteurs du projet, lesquels n'intègrent pas nécessairement les intérêts du partenaire public dans leur évaluation²⁰⁰². Or, on considère généralement qu'une durée de concession longue est plus avantageuse pour les partenaires privés tandis qu'elle pourrait conduire à une perte pour le partenaire public²⁰⁰³. Pour l'UNIDO par conséquent, "(...) *The project agreement should be structured primarily with attention to the performance standards and projected implementation stages of the BOT project in question, placing the more juridical and usually hypothetical provisions in the background*"²⁰⁰⁴. Sur la base de la structure de durée retenue par les parties – unique ou duale – une durée précise, fixe ou variable, doit être assignée à chaque projet BOT. Le choix d'un type de durée est fonction des différents facteurs de risques liés au projet en cause, notamment le risque lié à la durée d'achèvement de la construction ou encore le risque commercial (prix des produits ou demande du marché).

769. La durée de la concession est souvent fixe. Dans cette hypothèse, les risques peuvent être gérés par une structure spécifique de tarifs ou de prix prenant en compte l'impact de l'inflation²⁰⁰⁵. Parfois aussi, la durée de la concession pourra être variable. Dans ce cas, elle peut, le cas échéant, soit être prolongée si des risques spécifiés se réalisent, soit être raccourcie dans le cas contraire ou si la réalisation de risques s'avère moins négative que prévue²⁰⁰⁶. En pratique, dans la mesure où l'exploitation de différents types de projets entraînera différents formats de cash flow, des durées de concession différentes s'appliqueront en conséquence.

770. Le tableau ci-dessous reprend quelques exemples de différentes durées (initiales) de concession dans des projets BOT mis en œuvre dans plusieurs pays :

Projet BOT	Pays	Investissement initial (en \$ U.S.)	Durée initiale de la concession (en années)
Dartford bridge	R.U.	310 million	20
Channel tunnel	R.U./France	10.3 milliards	55
Sydney harbor tunnel	Australie	550 million	30
Shajoe B power plant	Chine	550 million	10
East harbor tunnel	Hong Kong	565 million	30
South-North highway	Malaisie	1.8 milliards	30
Bangkok highway	Thaïlande	880 million	30
Route n°3	Hong Kong	940 million	30

Source: L.Y. Shen, H. Li and Q.M. LI, "Alternative concession model for Build Operate Transfer contract projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 128, n° 4, 2002, p. 329.

771. Selon MM. Ye et Tiong, si la structure à durée duale est retenue, la durée d'achèvement de la construction devra être déterminée par les parties lors de l'appel d'offre ou des

²⁰⁰² Ibid., p. 327.

²⁰⁰³ L.Y. Shen, H.J. Bao, Y.Z. Wu and W.S. Lu, "Using bargaining-game theory for negotiating concession period for BOT-type contract", op. cit., p. 386; *adde*: L.Y. Shen, H. Li and Q.M. LI, "Alternative concession model for Build Operate Transfer contract projects", op. cit., p. 326.

²⁰⁰⁴ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 227.

²⁰⁰⁵ En ce sens Cf. S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit. p. 472; *adde*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 16-17.

²⁰⁰⁶ En ce sens Cf. S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit. p. 472.

négociations, par référence à la durée proposée pour la construction ou la durée probable de réalisation de projets similaires²⁰⁰⁷. Plus généralement toutefois, les parties peuvent décider d'une autre durée dès lors qu'elles s'accordent à ce sujet, d'où l'idée d'utiliser la théorie des jeux de négociation aux fins de déterminer la durée adéquate de concession dans les opérations de BOT²⁰⁰⁸. Ainsi, un modèle analytique appelé « BOT bargaining concession model » (ou BOTBaC) a été mis au point qui pourrait permettre, à travers le processus de négociation, d'aboutir à une durée de concession adéquate et effective²⁰⁰⁹. Un constat s'impose toutefois : éviter le risque de dépassement de la durée de construction et, partant, assurer l'adéquation et l'efficacité de la durée de la concession fixée par les parties suppose l'établissement de schémas ou structures incitatifs devant s'imposer à tous.

B- L'étroite coopération aux fins d'établissement de schémas ou structures incitatifs propres à assurer l'effectivité de la durée de la concession

772. Dans l'hypothèse de paramètres constants (c'est-à-dire de toutes choses égales par ailleurs), la possibilité que la construction soit achevée à temps dépend essentiellement des engagements pris par les parties, mais surtout de la parfaite exécution de ceux-ci. L'importance des ressources et des efforts investis par les parties à l'opération est déterminante quant à la possibilité d'achever la construction sans retard voire même à l'avance. Dans le but de réduire le risque de retard dans la construction, des schémas incitatifs sont généralement prévus dans le contrat de concession : il s'agit essentiellement de bonus pour encourager l'achèvement anticipé²⁰¹⁰ et de pénalités pour décourager le retard²⁰¹¹.

773. De tels schémas incitatifs pourraient en pratique couvrir une partie des pouvoirs de sanction du partenaire public supposés s'appliquer dans le cadre de la concession classique²⁰¹². Pour rappel, les sanctions dans la conception classique peuvent être d'ordre pécuniaire, d'ordre coercitif²⁰¹³ ou d'ordre résolutoire²⁰¹⁴. La modalisation pratique des schémas incitatifs dans le cadre d'un BOT est toutefois nuancée et peut consister, outre les pénalités de retard conçues pour être dissuasives, soit en la constitution de fonds en vue

²⁰⁰⁷ Ibid.

²⁰⁰⁸ L.Y. Shen, H.J. Bao, Y.Z. Wu and W.S. Lu, "Using bargaining-game theory for negotiating concession period for BOT-type contract", op. cit., p. 385 et s.

²⁰⁰⁹ Ibid. p. 391 où les auteurs précisent que: "*The development of this model challenges the traditional practice in which the concession period in committing a BOT contract will have been specified in tender document, thus bargaining would not happen. Criticisms have been raised about the adequacy of the concession arrangement in the traditional practice. It is considered that a concession period through negotiation and bargaining will be more effective*".

²⁰¹⁰ Dans le projet de BOT chinois de production d'énergie Shajiao B, le gouvernement chinois avait prévu pour son partenaire étranger participant au joint-venture, un bonus en cas d'achèvement anticipé, ce qui a incité ce dernier à achever la construction bien avant le délai prévu à cet effet. Pour plus de détails Cf.: S. Ye et R. K. L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power", op. cit., p. 419.

²⁰¹¹ Sur les modalités de calcul et de paiement des indemnités de retard, Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 882.

²⁰¹² On se souviendra en effet que l'autorité publique est censé conserver le contrôle de la gestion du service concédé et doit par conséquent veiller à l'exécution de ses obligations par le concessionnaire et en sanctionner, le cas échéant, la violation.

²⁰¹³ Les sanctions coercitives ont vocation à permettre l'exécution du contrat malgré la défaillance du cocontractant et consistent, pour le partenaire public, à se substituer lui-même au concessionnaire ou à substituer un tiers à ce dernier. Nous verrons que ce type de sanction fait de plus en plus l'objet, dans le BOT, d'une clause dite de « step-in » (ou de substitution).

²⁰¹⁴ Seul ce dernier type de sanction semblait pouvoir être effectivement appliqué dans le cadre de la concession classique : Cf. en ce sens, P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 758 où l'auteur affirme que les « mécanismes traditionnels du droit des concessions ne permettent guère que la sanction extrême de la déchéance ».

d'octroyer des bonus, soit dans le partage entre le partenaire public et la société du projet des gains résultant d'un achèvement anticipé ou des pertes résultant du retard dans l'achèvement de la construction²⁰¹⁵. Dans le cas de retard dans l'achèvement, on estime que les pénalités à charge du constructeur doivent être suffisantes pour compenser les pertes subies par la société du projet du fait d'un tel retard²⁰¹⁶. Idéalement, une durée de concession complète comprendra une triple dimension en ce sens que la structure de durée (unique ou duale), la durée elle-même ainsi que les incitations devraient être combinées²⁰¹⁷.

774. Le tableau suivant reprend des propositions de durée de concession réalisant de telles combinaisons :

Nature/source des revenus	Complexité de la construction	
	Réduite	Grande
Revenus liés à la demande	Structure de durée unique sans pénalités de retard	Structure de durée duale sans bonus d'achèvement anticipé et sans pénalités de retard
Revenus liés aux contrats	Structure de durée unique avec ou sans pénalités/ Structure de durée duale avec ou sans incitations	Structure de durée duale avec bonus d'achèvement anticipé et/ou pénalités de retard

Source: S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", in *Construction Management and Economics*, July 2003, 21, p. 481.

775. En définitive, le choix de la structure de durée et de la durée elle-même de la concession aura des conséquences significatives non seulement sur les attentes financières des parties, mais également sur leur degré d'exposition aux risques du projet ainsi que sur le traitement de ceux-ci et, partant, sur l'efficacité globale de l'opération.

II- La durée de la concession conditionne l'efficacité de l'opération

776. Le contrat de concession permet une répartition des risques entre le concédant et la société du projet et peut même parfois déterminer la répartition des risques entre les principaux intervenants au projet. Le choix d'une durée de concession fixe ou variable est fonction, comme indiqué, de différents facteurs, notamment de risques inhérents au projet en cause. L'option pour une durée de concession variable peut offrir l'avantage de la modulation. Une telle durée peut ainsi être prolongée si des risques spécifiés se réalisent ou raccourcie si ces risques ne se réalisent pas ou s'ils se réalisent avec un impact moins important que prévu. A titre d'illustration, MM. Ye et Tiong affirment que: "(...) *in order to deal with demand risk, the concession period can be varied according to the market demand. If the market demand is lower than expected, the concession period will be extended to allow the*

²⁰¹⁵ Cf. en ce sens S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit., p. 472.

²⁰¹⁶ Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 883-884 où l'auteur précise que ce montant doit couvrir non seulement celui des pénalités de retard dont la société du projet est redevable vis-à-vis de l'Etat hôte, mais également les frais financiers (capitalisation des intérêts dus aux prêteurs et, éventuellement, couverture du remboursement de la dette) et autres coûts fixes supportés par la société du projet et engendrés par ce retard.

²⁰¹⁷ S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit., p. 473 où les auteurs présentent les différents types de combinaisons possibles.

concessionaire to earn a reasonable return, and vice versa”²⁰¹⁸. Ainsi, tout en facilitant la gestion d’un certain nombre de risques (B) et eu égard aux facteurs – toujours dynamiques – qui en déterminent le choix, la durée de concession affecte le degré d’exposition des parties aux risques du projet (A).

A- La durée de la concession affecte le degré d’exposition des parties aux risques

777. Dans le sillage des risques du projet, de nombreux autres facteurs influencent et déterminent le choix de la durée de la concession. Il peut s’agir de la complexité de la construction, de la nature ou de la source principale des revenus du projet en cause (Cf. tableau *supra* n° 774). Lorsqu’est en cause la construction, l’achèvement à temps de celle-ci dépendra de l’acuité avec laquelle la durée de construction a été établie, étant entendu que cette dernière durée devra elle-même être en adéquation avec la complexité de la construction en cause. Tout ceci paraît circulaire. En réalité, l’estimation de la durée de construction peut être réalisée avec un certain degré de précision pour un projet simple – souvent réalisé dans les délais – tandis qu’il s’avérera plus difficile de déterminer, avec le même degré de précision, la durée de construction d’un projet complexe²⁰¹⁹. Toutefois, la durée d’achèvement de la construction dépend essentiellement de la performance des constructeurs. Elle peut être influencée par les schémas ou structures incitatifs (Cf. *supra* n°s 772 à 773) mis en œuvre, y compris les incitations inhérentes aux opérations d’une certaine envergure.

778. De ce qui précède, une étude tend à démontrer qu’en fonction de la valeur nette actuelle espérée d’un projet BOT, des conditions plus favorables (surtout en termes de durée) devraient être accordées au concessionnaire lorsque les risques du projet sont élevés, pour autant que lesdits risques aient été précisément identifiés²⁰²⁰. Pour un autre auteur, dans l’hypothèse où la société du projet (voire les promoteurs) viendrait à supporter des surcoûts de construction, il serait dans son intérêt de prévoir contractuellement que la rémunération à laquelle elle aura droit sera assise en tout ou partie sur le coût qu’elle aura réellement supporté (avec l’éventuel soutien des promoteurs) pour la construction de l’ouvrage²⁰²¹.

779. Plus fondamentalement, l’on estime que si la durée de la concession est trop courte, les promoteurs du projet pourraient le rejeter ou alors seraient obligés d’augmenter les prix ou tarifs des services pendant l’exploitation du projet de sorte à obtenir un retour sur investissement et un certain niveau de profit²⁰²². Dès lors, le risque d’une durée courte ou inadéquate de concession est en fin de compte transféré à l’usager final du projet. Ceci illustre l’influence de la durée de la concession sur la manière de gérer des risques du projet.

B- L’influence de la durée de la concession sur la gestion des risques du projet

780. La durée de chaque concession doit en principe rencontrer les engagements pris – notamment en termes de risques – et les rémunérations offertes en contrepartie de la prise en

²⁰¹⁸ Ibid.

²⁰¹⁹ En termes statistiques, l’estimation de la durée de construction pour les projets simples aura un taux de variance faible tandis que le taux de variance pour les estimations de durée de construction pour les projets complexes sera élevé : en ce sens Cf. S. Ye and Robert L.K. Tiong, “The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects”, op. cit., p. 479.

²⁰²⁰ Pour les détails de cette étude Cf. Fen-May Liou and Chih-Pin Huang « Automated approach to negotiations of BOT contracts with the consideration of project risk », in Journal of Construction Engineering and Management, vol. 134, n° 1, January 2008, P. 18 et s.

²⁰²¹ Cf. L. Vandomme, « ‘To time, to budget, to specification’ : l’allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 888.

²⁰²² L.Y. Shen, H.J. Bao, Y.Z. Wu and W.S. Lu, “Using bargaining-game theory for negotiating concession period for BOT-type contract”, op. cit., p. 386.

charge de tels risques par les partenaires publics et privés²⁰²³. Les deux parties vont donc essayer de trouver un compromis entre les risques assumés et la rémunération y attachée, étant entendu que déterminer une durée de concession « gagnant-gagnant » suppose que soit préalablement définie une structure de durée profitable aussi bien au partenaire public qu'aux partenaires privés. La détermination d'une durée adéquate de concession implique donc différents engagements de part et d'autre ainsi que, par voie de conséquence, différentes rémunérations correspondantes.

781. Pour certains auteurs, la durée de la concession doit particulièrement prendre en compte le risque de retard dans l'achèvement de la construction²⁰²⁴. Bien plus, « *Because promoters have to recoup their investment costs from the operation of the projects, they are concerned not only with expected future earnings but also the risk factor influencing the earnings over time* »²⁰²⁵. Un autre auteur affirme alors qu'il est de l'intérêt de la société du projet de négocier l'insertion d'une clause appropriée dans la convention de BOT, aux termes de laquelle la durée de cette convention sera automatiquement prolongée d'une durée équivalente au retard constaté dans l'achèvement de la construction du projet ou d'une durée permettant aux promoteurs d'obtenir un retour sur investissement comparable à celui initialement prévu²⁰²⁶. Par ailleurs, dans la mesure où le coût de prise en charge d'un risque peut varier selon que ce risque est assumé par le partenaire public ou le concessionnaire, seule une durée de concession optimale est à même de créer une situation satisfaisante pour l'une et l'autre partie²⁰²⁷. L'optimalité est requise d'autant plus que le partenaire public peut dans certains cas exercer un contrôle sur les revenus du projet, notamment lorsque ceux-ci dépendent de contrats de vente sur lesquels ce dernier a un certain pouvoir, un tel contrôle étant difficile lorsque les revenus du projet dépendent du marché (de la demande)²⁰²⁸.

782. Il convient cependant de retenir que chaque durée de concession possède ses forces et ses faiblesses et le choix d'une telle durée dépend en fin de compte du compromis intervenu entre les partenaires public et privés sur les risques et leur rémunération. Il en résulte en définitive que le contrat de concession fixe les bases d'une coopération étroite entre parties, une telle coopération étant par ailleurs assise sur la recherche d'un équilibre ou, à tout le moins, d'une juste proportion entre les intérêts des parties et leurs responsabilités.

Sous-section 2 : Les fonctions de coordination et d'intégration du contrat de concession : fondations de la coopération

783. En règle générale, le contrat de concession est précédé voire déterminé en partie par les dispositions établies par le partenaire public dans son appel d'offre et, par la suite, par

²⁰²³ Cf. en ce sens S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit. p. 479.

²⁰²⁴ Ibid.

²⁰²⁵ S. Ye et R. K. L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power", op. cit., p. 412.

²⁰²⁶ Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit. p. 887. L'auteur précise que l'avantage d'une telle clause peut toutefois être limité dans la mesure où dès que le projet rentrera en phase opérationnelle, la société du projet devra commencer à rembourser les prêteurs du principal et des intérêts alors que la période de compensation de la société est repoussée à 20 ou 30 ans.

²⁰²⁷ S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit., p. 479.

²⁰²⁸ Pour Laurent vandomme, décider que tel ou tel évènement peut légitimer un allongement de la durée de la phase d'exploitation du projet est affaire de négociation entre la société du projet et l'Etat hôte lors de l'élaboration de la convention BOT : Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 887.

son cahier des charges²⁰²⁹. Il serait toutefois erroné d'en déduire qu'un tel contrat est une simple transposition d'un cahier de charges qu'imposerait unilatéralement le partenaire public. En effet, contrairement au contrat de concession classique dont la nature juridique a fait l'objet de nombreuses théories sus-décrites, la concession propre au BOT présente un caractère essentiellement coopératif. De fait, dans la pratique du BOT, les éléments essentiels du contrat de concession font généralement l'objet de négociations entre parties avant sa conclusion, même dans les hypothèses où le projet a fait l'objet d'un appel d'offre auquel cas les négociations se déroulent souvent après adjudication de l'offre²⁰³⁰. Il en résulte que le contrat de concession dans le cadre du BOT présente un caractère essentiellement coopératif, les actes unilatéraux y étant pour leur part marginaux ou « internalisés » (I). Ce caractère essentiellement coopératif du contrat de concession dans le cadre du BOT est par ailleurs renforcé par le fait de ses fonctions de coordination et d'intégration des autres contrats et conventions participant à la mise en œuvre du projet (II).

I- Caractère essentiellement coopératif du contrat de concession

784. Les débats classiques sur la nature juridique de la concession ont été longuement restitués et critiqués (Cf. *supra* n^{os} 256 à 265). La thèse de la nature conventionnelle de la concession en ressort comme dominante et nous a paru convaincante. En effet, l'intervention éventuelle d'actes unilatéraux – au demeurant de plus en plus marginaux – n'a à aucun moment pour effet d'enlever à la concession son caractère contractuel, le contrat de concession étant fondamentalement le fruit d'un accord de volontés²⁰³¹. Si, relève-t-on, les débats doctrinaux précités ne sont pas fixés – et, *dixit* l'auteur, ne le seront sans doute jamais – plus aucune doctrine ne semble pouvoir remettre en cause le caractère formellement contractuel des concessions, en droit italien, espagnol ou français²⁰³² et belge²⁰³³.

785. De surcroît, on ne peut être insensible au constat selon lequel, une fois l'acte contractuel identifié, le juge de l'Union européenne ne semble faire aucun cas de l'éventuelle « mixité » dont il peut être l'objet²⁰³⁴. Ainsi par exemple, les dispositions tarifaires incluses dans le cahier des charges d'une concession de service public et soumises à modifications unilatérales de la part de l'autorité concédante ne sont pas conçues comme imposées au cocontractant, mais font partie intégrante de l'acte contractuel que le concessionnaire a volontairement conclu²⁰³⁵. La concession dans une opération de BOT ne saurait être autrement qualifiée qu'acte contractuel volontairement conclu. L'originalité de cette opération se traduit en effet par sa nature essentiellement coopérative, de sorte que les actes unilatéraux y sont marginaux (A). Une telle coopération

²⁰²⁹ En ce sens Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 212.

²⁰³⁰ Le succès de l'opération commande généralement de telles négociations, lesquelles paraissent par ailleurs incontournables.

²⁰³¹ Cf. en ce sens P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 85 ; *adde* : F. Llorens, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne » in, *La concession de service public face au droit communautaire*, op. cit., p. 29.

²⁰³² P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 360.

²⁰³³ Cf. P. Orianne, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, op. cit., p. 85 ; *adde* les développements consacrés à la pratique belge des concessions dans le chapitre 1 de la première partie.

²⁰³⁴ Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 353.

²⁰³⁵ Cf. en ce sens CJCE, 4 mai 1988, *Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées*, aff. 30/87, Rec., 1988, p. 247.

inonde et imprime son caractère singulier au contrat de concession dans le cadre du BOT (B).

A- Marginalité des actes unilatéraux dans la genèse de la concession relative au BOT

786. Une précision de nature terminologique et sémantique s'impose d'emblée. En effet, certains auteurs ne font pas de distinction entre les notions de concession, de licence ou encore d'autorisation. Pour M. Graham Vinter par exemple, "*A concession is essentially a licence. In the context of project finance, it is usually granted by a governmental or quasi-governmental authority*"²⁰³⁶. M. Philip Wood abonde dans le même sens lorsqu'il affirme que: "*A concession is a lease or licence which is usually issued by a government or governmental agency*"²⁰³⁷. Plus précis, M. Jeffrey Delmon affirme quant à lui que: "*Two methods of granting a concession include by contract and by authorisation. The contract style involves the grantor entering into a contract with the private sector project company which contains the mutual project obligations. Sometimes applicable legislation will prescribe the form of contract. Authorisation (or licence) involves creation of the concession at law and may be more susceptible to revocation or modification*"²⁰³⁸. La licence ou l'autorisation constituent alors des modalités unilatérales de transfert d'une activité publique à des personnes privées, même si l'on observe qu'il est difficile de tracer une frontière ferme entre la notion de licence, et celle d'agrément ou d'autorisation²⁰³⁹.

787. En raison des différences de traditions juridiques, les notions de concession, de licence ou d'autorisation paraissent synonymes dans certains systèmes et par conséquent interchangeables²⁰⁴⁰. Or, il convient d'être très précis sur la nature juridique de l'acte fondateur de l'opération BOT, raison pour laquelle l'UNIDO recommande que: "*In any event, the difference between the legal nature of a project agreement and the legal nature of an authorization should be clearly perceived. (...) This difference between a project agreement and an administrative authorization may have a number of practical consequences. For example, in general an administrative authorization or a licence is revocable or can be amended by the government at will without the consent of the project company; by contrast, a project agreement, as a contract, typically will only be alterable if so provided for in the agreement or by common consent of the parties*"²⁰⁴¹. Des pratiques hybrides ont toutefois cours dans certains pays. En Grèce par exemple, le contrat de concession est négocié puis soumis au parlement qui le ratifie sous forme de loi²⁰⁴². Une pratique similaire a cours à Hong Kong où deux procédés juridiques concourent à la mise en œuvre du BOT : d'une part, l'« Enabling ordinance » (ordonnance d'application) qui précise clairement les droits et obligations légaux du concessionnaire et du partenaire public et, d'autre part, le « project agreement » qui concerne généralement le

²⁰³⁶ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 85.

²⁰³⁷ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 16.

²⁰³⁸ J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 167.

²⁰³⁹ En ce sens Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 355. L'auteur indique ainsi que le droit français ne permet pas de distinguer nettement ces notions, certaines autorisations préalables pouvant être obtenues par le biais d'une licence, d'une autorisation ou d'un agrément.

²⁰⁴⁰ En ce sens Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 354 et 358.

²⁰⁴¹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 224.

²⁰⁴² Cf. en ce sens Y. Xenidis and D. Angelides "The legal risks in Build-Operate-Transfer projects", in *Journal of Construction Research*, vol. 6, n° 2, 2005, p. 274. Pour ces auteurs, "*This arrangement segregates the project legally from a rather complex and ambiguous legal system that is subjected to misinterpretations and misjudgements*".

concessionnaire et plus spécialement la construction, l'exploitation et la maintenance du projet²⁰⁴³.

788. En définitive, la concession dans le cadre d'un BOT n'est donc, à proprement parler, ni une licence, ni une autorisation. Le caractère éminemment unilatéral de ces actes fait en sorte que nous souscrivons à l'opinion de l'UNIDO selon laquelle « *For such reasons, the project agreement with its legal nature of contract is preferred as the key legal document for BOT arrangements worldwide* »²⁰⁴⁴. Ceci participe en effet du renforcement du caractère coopératif du BOT, lequel inonde et imprime ses principes et mécanismes.

B- Principes et mécanismes essentiellement coopératifs du modèle concessif propre au BOT

789. L'étude juridique des contrats publics, en droit français notamment, s'est pendant longtemps focalisée sur les procédures de passation des contrats, concevant le rôle de l'entreprise concessionnaire comme celui du simple cocontractant d'une administration dont le pouvoir était surévalué. Or, comme l'observe un auteur, une étude réaliste des contrats de délégation de service public ne peut de nos jours minorer le rôle joué par ces entreprises concessionnaires sur l'environnement contractuel public en raison de l'effet conjugué de la maîtrise par celles-ci des technologies, de la rationalité économique et du sens du service collectif, de sorte que leur rôle est décisif non seulement dans l'élaboration des normes mais plus généralement dans la réflexion sur le droit des contrats²⁰⁴⁵. Le BOT nous offre justement l'occasion d'en faire une nouvelle fois la démonstration.

790. D'un autre côté, le cahier des charges jadis conçu comme l'instrument par lequel le « règlement du service » fait irruption dans le contrat pour en déterminer l'objet n'est désormais plus un document distinct du contrat²⁰⁴⁶. On a ainsi pu dire que le déséquilibre entre l'administration et son cocontractant résultait des cahiers de charges-types imposés par voie réglementaire, dérive (ou évolution) du seul droit français des concessions que l'on ne retrouve pas dans la pratique de ses anciennes colonies d'Afrique alors même que les systèmes juridiques de ces dernières ont été en grande partie inspirés du droit français²⁰⁴⁷. Dans le cadre du BOT justement, le contrat de concession « absorbe » en quelque sorte *ab initio* le cahier des charges établi par le partenaire public. Comme le rappelle un auteur en effet, il est d'usage que la convention BOT fixe les critères qualitatifs et quantitatifs du produit ou du service que devra fournir la société du projet, cette dernière assumant la responsabilité de concevoir et de construire une installation ou une infrastructure capable de fournir un tel produit ou service : « *L'Etat hôte impose ainsi des paramètres fonctionnels en laissant à la société du projet le soin de définir les méthodes de construction et les normes et spécifications techniques à mettre en œuvre* ».

²⁰⁴³ Pour plus de détails Cf. X. Q. Zhang and M. M. Kumaraswamy, "Hong Kong experience in managing BOT projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 127, n° 2, 2001, p. 157; *adde*: M. M. Kumaraswamy and D. Morris, « Build-Operate-Transfer type procurement in Asian megaprojects », *op. cit.* p. 96.

²⁰⁴⁴ UNIDO BOT Guidelines, *op. cit.* p. 224; *adde*: J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, *op. cit.*, p. 167 où l'auteur précise: "Therefore, it is probably safer for the project company to obtain a contractual concession agreement".

²⁰⁴⁵ Cf. en ce sens, C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, *op. cit.* p. 28.

²⁰⁴⁶ *Ibid.* p. 170.

²⁰⁴⁷ En ce sens Cf. O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », *op. cit.*, p. 935.

pour les atteindre »²⁰⁴⁸. Cette opinion est confortée par l'idée suivant laquelle l'essentiel dans les contrats de concession n'est pas tant, pour le concédant, d'exiger un ouvrage construit à son goût ou à ses mesures, mais d'obtenir un service d'une qualité déterminée répondant à ses attentes pendant toute la durée de la concession : « *Plutôt que d'imposer des spécifications techniques précises, le concédant devra clairement fixer ses objectifs et ses exigences, principalement en termes de spécifications fonctionnelles et de service (qualité et quantité), laissant aux professionnels le choix des techniques les mieux adaptées* »²⁰⁴⁹.

791. L'évolution – qui se traduit par une contractualisation accrue du droit public²⁰⁵⁰ – participe par ailleurs du renforcement du caractère coopératif du BOT, y compris dans des contextes influencés par la tradition de droit public français. Un auteur relève ainsi qu'« *Il est intéressant de constater que la théorie de l'imprévision a conduit l'administration et ses cocontractants à introduire dans leurs contrats des clauses de révision qui permettent une adaptation aux évolutions de la situation économique et financière, conférant ainsi un caractère subsidiaire au jeu de l'imprévision* »²⁰⁵¹. De même, l'on fait observer à propos du pouvoir de modification unilatérale de l'administration que celui est « systématiquement prévu dans les contrats administratifs », ce qui a pour conséquence de réduire considérablement la question de l'existence d'un pouvoir extracontractuel de modification²⁰⁵². Une illustration forte de la quasi-inexistence d'un pouvoir extracontractuel de l'administration vient de l'abandon par le Conseil d'Etat français de la fameuse théorie de l'acte détachable par un arrêt du 16 juillet 2007²⁰⁵³. De plus, on a affirmé que les juristes de droit public ont pris note de ce que le critère traditionnel de la puissance publique pouvait ne pas exprimer totalement la capacité de l'Etat à exercer son

²⁰⁴⁸ Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit. p. 889. L'auteur poursuit en indiquant que si l'installation construite ne respecte pas les critères fonctionnels imposés, l'engagement de l'Etat hôte ou du client de la société du projet de prendre livraison du bien produit ou du service fourni ne prendra pas effet et le projet n'entrera pas en phase opérationnelle.

²⁰⁴⁹ B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », in RDAI n° 4/5, 1998, p. 410.

²⁰⁵⁰ Sur le thème de la contractualisation du droit public, Cf. notamment les actes du colloque organisé par l'ULB : « *Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation ?* », Revue de droit de l'ULB, vol. 33, 2006, p. 69 et s ; adde : Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 268-275.

²⁰⁵¹ R. Jaidane, « La gestion des contrats internationaux de concession », op cit., p. 329, préc. note 36.

²⁰⁵² F. Llorrens, « Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs » in RFDA, 1984, p. 47 cité par P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 695. Pour ce dernier auteur, l'existence du pouvoir de modification unilatérale est théoriquement importante, mais ses conséquences sont en pratique limitées, d'autant plus, ajoute-t-il, que le cocontractant acceptera souvent les modifications proposées à condition qu'elles fassent l'objet d'un juste rétablissement de l'équilibre économique. Encore convient-il de s'interroger, selon nous, sur ce que recouvre le principe de « juste rétablissement » dans le cadre d'un BOT dès lors que le risque de modification y est nécessairement assumé par l'un des partenaires.

²⁰⁵³ C.E. fr. (assemblée du contentieux), 16 juillet 2007, n° 291.545, publié sur le site http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0724.shtml : « (...) Indépendamment des actions dont les parties disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; (...) qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ». Pour une vue comparée de l'évolution de cette théorie en droits français et belge, Cf. M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} éd., 2008, p. 231 et s.

pouvoir : des décisions consensuelles ou des déclarations à caractère non obligatoires peuvent également servir à inciter les personnes privées à se conformer aux politiques publiques²⁰⁵⁴. Au demeurant, les fonctions de coordination et d'intégration du contrat de concession participent encore plus au renforcement du caractère coopératif du BOT. De telles fonctions permettent la recherche d'un équilibre ou d'une proportion entre les intérêts des parties à l'opération et leurs responsabilités.

II- Les fonctions de coordination et d'intégration du contrat de concession

Dans le cadre du BOT, le contrat de concession tend à coordonner et à intégrer les intérêts des parties (A) permettant ainsi de rechercher un équilibre ou une proportion entre ces intérêts et les responsabilités qui y sont attachées (B).

A- Le contrat de concession comme instrument de coordination et d'intégration des intérêts des parties

792. La doctrine estime que le contrat de concession doit être conçu comme un instrument de gestion permettant de réaliser la discipline nécessaire à la mise en œuvre du BOT dans ses aspects essentiels (financier, de construction et d'exploitation)²⁰⁵⁵. On a même pu affirmer que les concessions seraient surtout un instrument de coordination et de contrôle, permettant de manière simplement éventuelle l'intervention du secteur privé²⁰⁵⁶. En réalité, le contrat de concession doit fondamentalement prendre en compte les différentes phases de réalisation du projet ainsi que les standards de performance fixés pour le projet en cause²⁰⁵⁷. Il en résulte que les intérêts des intervenants aux différentes phases de réalisation du projet doivent être pris en compte et intégrés dans le contrat de concession, ce dernier devant par ailleurs en assurer une coordination rigoureuse. Ainsi par exemple, l'évaluation de la structure de durée de la concession paraît très utile lorsque les contrats de construction et ceux d'exploitation et de maintenance sont octroyés séparément, soit à un seul intervenant soit à deux intervenants différents²⁰⁵⁸.

793. En règle générale, le contrat de concession dans le cadre d'une opération de BOT donnée doit intégrer tant les intérêts des promoteurs du projet que ceux du partenaire public. A cet effet, certains auteurs ont proposé un modèle alternatif permettant de déterminer une durée de concession qui réalise une balance des intérêts des partenaires privés dans leur ensemble ainsi que ceux du partenaire public²⁰⁵⁹. L'idée est d'améliorer par ce biais la gestion contractuelle de l'opération de BOT en inscrivant une telle gestion dans la perspective d'une recherche d'équilibre ou de juste proportion entre les intérêts et

²⁰⁵⁴ En ce sens T. Daintith, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p. 370.

²⁰⁵⁵ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 227.

²⁰⁵⁶ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 28.

²⁰⁵⁷ En ce sens Cf. Y. Xenidis and D. Angelides "The legal risks in Build-Operate-Transfer projects", op. cit. p. 287 où ces auteurs précisent que: "A unified project evaluation system based on the integration of various approaches and different objectives of the stakeholders is required".

²⁰⁵⁸ En ce sens Cf. S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", op. cit. p. 481. Pour ces auteurs ce cas de figure donnera lieu à une structure de durée duale.

²⁰⁵⁹ L.Y. Shen, H. Li and Q.M. Li, "Alternative concession model for Build Operate Transfer contract projects", op. cit., p. 330.

les responsabilités de chaque partie. Une telle quête constitue au demeurant une des fonctions du contrat de concession dans le cadre du BOT.

B- Le contrat de concession : instrument de réalisation de l'équilibre/proportion entre intérêts et responsabilités des parties

794. L'analyse de la mise en œuvre du principe de répartition optimale des risques entre parties à l'opération BOT nous a révélé qu'en pratique, une telle répartition est dominée par la force de marchandage/négociation commerciale des parties (Cf. *supra* n^{os} 682 à 683). Toutefois, dans le but d'assurer la réussite du projet et par là même servir l'intérêt de chacun des partenaires, la nécessité de réaliser un équilibre, ou à tout le moins une proportion (particulièrement entre risque et rémunération), paraît s'imposer comme de raison. Le contrat de concession apparaît comme l'instrument idéal pour fixer les bases de cet équilibre entre les intérêts et les responsabilités des parties au BOT. Il doit ainsi notamment répartir avec une grande précision les risques du projet entre les principaux participants. Pour cette raison, il est l'épicentre du jeu stratégique qui se noue entre les principaux participants au projet (1) et permet de cristalliser les responsabilités des uns et des autres (2).

1- Le contrat de concession : épicentre du jeu stratégique entre principaux participants au projet BOT

795. En dehors du fait que la durée du contrat de concession constitue le pivot de l'opération BOT, le contrat de concession lui-même est, plus généralement, l'acte fondateur de la coopération entre parties à l'opération BOT. Il s'ensuit qu'il est le lieu par excellence où se joue le « combat des chefs ». Plus précisément, il est l'épicentre du jeu stratégique qui se noue entre les principales parties à l'opération. Ainsi a-t-on observé que: *"In general, BOT is a non-zero-sum game between governments and private sponsors, who have complementary resources and capabilities. A win-win result is the basis for the two parties with different objectives to work together"*²⁰⁶⁰. L'enjeu est en effet de satisfaire les intérêts de toutes les parties en s'assurant notamment, d'une part, que les modalités de financement retenues permettront le remboursement des prêteurs et que les promoteurs auront un retour sur investissement raisonnable et, d'autre part, que le projet fonctionnera de manière optimale et sera transféré en parfait état au partenaire public.

796. La répartition des risques ainsi que leur rémunération sont ici l'objet de toutes les batailles. Il a déjà été relevé que le choix d'une structure de durée et d'une durée adéquates de concession ainsi que la mise en œuvre de schémas incitatifs dépendent largement du compromis entre risques et rémunérations intervenu entre parties²⁰⁶¹. Dès lors, la répartition des risques doit être faite de sorte que le risque assumé ou pris en charge par une partie ne dépasse pas la rémunération qui y est attachée²⁰⁶². Or dans la

²⁰⁶⁰ C. Chen and John I. Messner, "An investigation of Chinese BOT projects in water supply: a comparative perspective", in *Construction Management and Economics*, vol. 23, 2005, p. 915.

²⁰⁶¹ S. Ye and Robert L.K. Tiong, "The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects", *op. cit.* p. 482.

²⁰⁶² En ce sens Cf. S. Ye et R. K. L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power", *op. cit.*, p. 412 où les auteurs précisent: *"In fact, each participant's decision depends on the trade-off between risk and return"*.

réalité, les parties semblent devoir réaliser des compromis différents entre risques et rémunérations :

- du côté des promoteurs, la décision de participer à la réalisation du projet dépend du compromis entre le risque couru et le retour attendu ;
- du côté des prêteurs, le compromis est à trouver entre le degré de sécurisation des prêts accordés et les taux d'intérêts pratiqués ;
- du côté du partenaire public enfin, la décision dépend du compromis entre le degré d'implication dans le projet et les bénéfices socio-économiques qu'un tel projet peut générer.

797. Réconcilier ces compromis divers, eux-mêmes liés à des intérêts parfois contradictoires, constitue l'objet principal voire même essentiel du contrat de concession dans le cadre du BOT. Il s'agit alors de fixer les bases d'une saine coopération entre les partenaires aux fins d'assurer la réussite du projet. En effet, comme le soulignent à juste titre certains auteurs, "*As both their risks and returns are from the project, the risk-return trade-offs of promoter, lenders, and governments are interrelated*"²⁰⁶³. En conséquence, un contrat de concession définissant une coopération fondée sur les principes d'équilibre et de proportion entre intérêts et responsabilités est susceptible de conduire à une situation « gagnant-gagnant » pour les différents partenaires. Pour ce faire, le contrat de concession comprend usuellement un certain nombre de clauses²⁰⁶⁴ dont certaines tendent à contrecarrer ou à minimiser les tentatives de comportement opportuniste et d'autres à fixer les contours des responsabilités des partenaires.

2- Le contrat de concession modalise les responsabilités des parties

798. Le contrat de concession permet également la modalisation des responsabilités des parties en ce sens qu'il définit le degré d'implication des parties au projet. Eu égard à son influence déterminante sur le sort des opérations de BOT, nous illustrerons notre propos par la présentation de la situation du partenaire public. En pratique, le partenaire public doit en principe préciser très clairement l'étendue de ses engagements d'autant plus qu'il est considéré comme responsable, en dernier ressort, de la bonne marche du projet.

799. Deux questions fondamentales sur lesquelles le partenaire public doit se prononcer dans le contrat de concession ont été identifiées²⁰⁶⁵ à savoir : d'une part, dans quelle mesure il entend s'impliquer dans le détail du projet et par conséquent dans les autres accords relatifs au projet et, d'autre part, dans quelle mesure (si ce choix a été fait) il entend exercer un contrôle sur les revenus du projet (niveau de prix ou de redevances fixé par la société du projet).

800. La première question recouvre deux aspects : d'une part, elle a trait à la répartition initiale des risques pendant la phase de construction et, d'autre part, elle a trait à l'interdépendance qu'entend créer le partenaire public entre le contrat de concession et les contrats subséquents, de sorte à renforcer son contrôle sur le projet. Ainsi par exemple, si, au lieu d'attribuer globalement le projet aux partenaires privés, seules certaines fonctions

²⁰⁶³ Ibid. p. 413.

²⁰⁶⁴ Pour une liste de clauses usuelles dans le contrat de concession propre au BOT, Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 86-88 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 229 et s. ; Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 17-21.

²⁰⁶⁵ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 89.

leur sont confiées, la conséquence est un partage des responsabilités entre le partenaire public et les partenaires privés²⁰⁶⁶.

801. La deuxième question est relative à l'attitude du partenaire public face à la fixation du tarif ou de la redevance à imposer aux usagers du projet. En effet, le niveau du tarif ou de la redevance exerce une influence décisive sur la rentabilité voire même sur la viabilité du projet dans son ensemble. Il s'agira essentiellement de déterminer si des dépassements de coûts (tant durant la phase de construction que durant la phase d'exploitation) ainsi que certains risques – comme le risque d'inflation – peuvent être en fin de compte reportés sur l'utilisateur final (souvent le public en général)²⁰⁶⁷. Entre un contrôle total du prix ou de la redevance par le partenaire public et une totale liberté laissée à ce propos au partenaire privé, plusieurs alternatives existent telles l'indexation ou encore la révision du prix ou de la redevance par un régulateur indépendant²⁰⁶⁸.

802. De ce qui précède, le contrat de concession apparaît comme le principal instrument par lequel le cadre et les bases de la coopération entre les parties à une opération de BOT sont fixés. Par ailleurs en tant qu'outil permettant au partenaire public de préserver un certain contrôle sur le projet, le contrat de concession constitue également un cadre de jeu stratégique. Son objet doit toutefois être d'assurer un équilibre ou une proportion entre intérêts et responsabilités des parties, gage du succès du BOT. A cette fin, et dans un rapport d'étroite interdépendance, le contrat de concession s'appuie sur les contrats et conventions de financement et d'assurance et/ou de couverture

SECTION II : LES CONTRATS ET CONVENTIONS DE FINANCEMENT ET D'ASSURANCE ET/OU DE COUVERTURE : CATALYSATION DE LA COOPÉRATION SOUS L'EFFET DES 'NERFS DE LA GUERRE'

803. Comme toute opération assise sur le *project financing*, la réalisation d'un projet BOT repose principalement sur la capacité dudit projet à générer des cash flow suffisants en manière telle que les prêteurs puissent être remboursés et les promoteurs raisonnablement rémunérés pour les risques pris. En d'autres termes, le projet doit avoir une valeur intrinsèque certaine. Dès lors, les contrats et conventions de financement et d'assurance et/ou couverture revêtent une importance capitale dans la mise en œuvre de telles opérations. En vue d'en assurer la bancabilité, l'influence (directe ou indirecte) des prêteurs est significative sur l'ensemble des contrats du projet²⁰⁶⁹.

804. A la différence d'autres types de financement de projets en effet, les prêteurs et autres conseillers ou experts financiers²⁰⁷⁰ seront généralement impliqués dans les négociations de BOT dès leurs phases préliminaires. Une telle implication précoce possède l'avantage de permettre, d'une part, que soit évitée une renégociation postérieure des termes contractuels qui ne satisferaient pas les prêteurs²⁰⁷¹ et, d'autre part, que les sources

²⁰⁶⁶ Cf. en ce sens M. Sarmet, « Les financements en partenariat public/privé », op. cit. p. 603. L'auteur y indique qu'il est par exemple possible de prévoir dans certains cas que le rôle de maître d'ouvrage ou celui d'exploitant de l'équipement sera assuré par telle administration, ou telle entreprise publique.

²⁰⁶⁷ Dans les projets d'infrastructure, cette question peut être l'objet de débats politiques majeurs.

²⁰⁶⁸ En ce sens Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 91.

²⁰⁶⁹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 63.

²⁰⁷⁰ Sur le rôle du conseiller/expert financier dans un BOT, Cf. C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London, Thomas Telford, 1995, p. 71-74.

²⁰⁷¹ En ce sens Cf. L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 880.

possibles de financement soient jaugées et que les acteurs du financement et autres assureurs puissent mesurer et, éventuellement, répartir et prendre en charge les risques inhérents au projet. Ce faisant, s'établit et se renforce une interdépendance des relations entre parties à l'opération de BOT, le financement et l'assurance jouant le rôle de catalyseurs d'une telle coopération. Il en résulte, au soutien du projet, une double imbrication : d'une part, une imbrication des sources, formes, techniques et structures de financement (sous-section 1) et, d'autre part, une imbrication des acteurs et techniques d'assurance/couverture (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'imbrication des sources, formes, techniques et structures de financement

805. L'interdépendance qui naît des contrats et conventions de financement du BOT résulte d'une imbrication des sources et formes du financement (I) de même que d'une structuration reposant sur une coopération renforcée entre acteurs du financement (II).

I- L'imbrication des sources et formes de financement

806. Les sources potentielles de financement d'un BOT sont nombreuses de sorte qu'il en résulte plusieurs formes de financement (A). La combinaison de ces sources et formes de financement permet de rechercher un financement optimal pour le projet en cause (B).

A- Sources potentielles et formes de financement

A la variété des sources potentielles de financement (1) correspond un certain nombre de formes de financement propres aux opérations BOT (2).

1- Variété des sources potentielles de financement des opérations BOT

807. Il a été dénombré au moins onze sources potentielles de financement des opérations BOT²⁰⁷² dont notamment : les grandes banques commerciales, les institutions financières multilatérales, les organismes de crédit à l'exportation²⁰⁷³, les marchés internationaux de capitaux, l'Etat hôte ou encore les promoteurs du projet eux-mêmes. Toutefois, les différentes sources de financement précitées ne peuvent être disponibles pour tout projet même si dans certains cas, par le recours à d'autres techniques financières, une source qui aurait été autrement inaccessible peut être rendue disponible²⁰⁷⁴. Dans le montage financier d'un projet BOT – qu'il s'agisse d'un financement à recours limité ou d'un financement sans recours – les actions et réponses des promoteurs, de l'Etat hôte et des

²⁰⁷² G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 32 où l'auteur cite: "(i) large international commercial banks; (ii) domestic banks; (iii) the international capital markets; (iv) domestic capital markets; (v) any "mezzanine" lenders; (vi) equipment vendors; (vii) financial lessors; (viii) multilateral institutions (e.g. the World Bank, IFC, EIB); (ix) export credit agencies; (x) government grants (xi); and (xi) the sponsors themselves; *adde*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 47-48 où l'auteur décrit 9 sources. Certaines de ces sources ou une combinaison entre elles sont également analysées par M. Alain Lecrivain : A. Lecrivain, "The financial approach", in J.-Y. Perrot and G. Chatelus (eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit. p. 117-119.

²⁰⁷³ Sur l'évolution et le rôle de ces agences dans le *project financing*, Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 33-35.

²⁰⁷⁴ Ibid.

autres participants au projet (constructeurs, exploitants et maintenanciers, fournisseurs/acheteurs) doivent prendre en compte les perceptions et inquiétudes des prêteurs. Ces derniers décideront en effet de la mise à disposition du financement nécessaire pour le projet et détermineront par ailleurs les contours et les formes de sûretés devant accompagner ledit financement²⁰⁷⁵.

808. Du fait de la place prépondérante qu'occupent les institutions financières, au sein de l'ensemble formé par les prêteurs, il est recommandé que la décision d'explorer les marchés de capitaux soit prise très tôt, en tous cas, dès la phase préliminaire du montage financier. L'accès éventuel aux marchés des capitaux présente en effet l'avantage de court-circuiter l'intermédiation des institutions financières, ce qui représente en théorie un moyen plus efficient de lever des fonds²⁰⁷⁶. Par ailleurs, le choix des sources de financement est fonction de nombreux critères tels que leur coût, les garanties qu'elles requièrent, leur souplesse d'utilisation²⁰⁷⁷, ou encore les conditions du marché financier²⁰⁷⁸. Quoiqu'il en soit, cette variété de sources potentielles de financement donne lieu à trois grandes formes de financement dont on a le plus souvent recours dans la mise en œuvre du BOT.

2- Formes usuelles de financement du BOT

809. Dans la mesure où le BOT implique en principe une mobilisation des capitaux privés aux fins de financement de projets d'intérêt collectif, un tel financement se matérialise, à l'instar du *project financing*, sous trois grandes formes à savoir : (i) le financement par fonds propres, (ii) le financement par dette et (iii) le financement subordonné ou « mezzanine ». Chacune de ces formes de financement joue un rôle précis dans la mise en œuvre du projet BOT et présente par ailleurs ses propres caractéristiques et risques et, partant, son propre profil de retour sur investissement.

◆-Les fonds propres (« Equity »)

810. La notion de fonds propre suppose la création d'une entité juridique (société *ad hoc* ou SPV) dont le rôle exclusif est de porter le projet. Les fonds propres représentent alors les fonds injectés dans une telle entité juridique, principalement mais pas exclusivement par les promoteurs du projet²⁰⁷⁹. En cas de défaillance de la société du projet, de tels fonds sont considérés, en termes de droits sur les actifs de celle-ci, comme ayant rang de créance chirographaire. Par ailleurs, aucune distribution de dividendes ne peut être faite aux actionnaires de la société du projet (aux apporteurs de fonds propres donc) si toutes les obligations envers les créanciers de la société ne sont pas satisfaites. Les apporteurs de

²⁰⁷⁵ En ce sens Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 199.

²⁰⁷⁶ Cf. en ce sens C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit. p. 96; *adde*: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 32. L'auteur relève toutefois que les marchés de capitaux ne permettent que le placement d'obligations ou de titres d'emprunts émis par des sociétés ayant une réputation ainsi qu'une situation financière solidement établies. Sur les potentialités et limites des marchés de capitaux par rapport au financement de projets V. p. 32-37.

²⁰⁷⁷ Les marchés de capitaux semblent présenter à cet égard une limite importante dans la mesure où ils fonctionnent sur une base dite de « one-off » et ne présentent donc pas la flexibilité nécessaire à la réalisation par phases successives comme le requièrent les projets BOT.

²⁰⁷⁸ Cf. en ce sens I. Benichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 35.

²⁰⁷⁹ On distingue en effet entre deux catégories d'investisseurs en fonds propres: (i) "active (or 'direct') equity investors who seek to participate in the management or operation (or both) of the project, and (ii) passive (or 'portfolio') equity investors that provide only their funds": Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 8-9 ainsi que la référence citée page 9.

fonds propres, par comparaison aux autres apporteurs de fonds, supportent par conséquent un plus grand risque sur leurs apports, avec toutefois l'espoir d'un meilleur retour sur investissement en cas de succès du projet²⁰⁸⁰. Un tel retour sur investissement est limité dans l'hypothèse d'un financement par dettes.

♦-Les dettes (« Debt »)

811. La variété des sources d'emprunt fait des dettes une forme de financement très usitée dans les BOT. Les prêteurs peuvent en effet être des banques commerciales, des investisseurs institutionnels y compris les compagnies d'assurance, des agences de crédit à l'exportation, les institutions financières bilatérales ou multilatérales, les obligataires ou parfois même l'Etat hôte du projet. A l'inverse des fonds propres, le remboursement des dettes a la plus grande priorité sur tous autres remboursements de fonds investis, notamment en ce qui concerne les dettes « senior » (V. *infra* n° 812). Les prêteurs sont rémunérés par un taux d'intérêt fixe ou variable et le remboursement s'effectue selon un échéancier prédéterminé²⁰⁸¹. Le traitement du financement mezzanine s'avère différent.

♦-Le financement mezzanine (« Mezzanine »)

812. Le financement mezzanine (ou subordination) est une technique plus flexible que le financement par dettes ou par fonds propres²⁰⁸². Cette technique permet en effet d'établir une hiérarchie – d'où par exemple la notion de dette « senior » – entre différentes sources de financement possibles (fonds propres, appel à l'épargne, prêts commerciaux long terme...), certains créanciers acceptant d'être remboursés en deuxième (ou troisième) rang²⁰⁸³. Le financement mezzanine présente dès lors à la fois les caractéristiques des dettes ainsi que celles des fonds propres, avec un profil de risque situé entre ces deux formes de financement²⁰⁸⁴.

813. Les prêts subordonnés²⁰⁸⁵ ainsi que les actions à droit préférentiel constituent des exemples de financement mezzanine. Ces deux instruments présentent les caractéristiques des dettes en ce qu'ils impliquent le paiement d'intérêts et/ou le remboursement du capital. Les paiements sont cependant subordonnés aux remboursements des dettes « senior » et ne peuvent être effectués que lorsque des fonds sont disponibles pour ce

²⁰⁸⁰ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 182-183; J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 83.

²⁰⁸¹ J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 84.

²⁰⁸² Pour une présentation de cette technique, Cf. A. Couret, « Les financements « mezzanine » », in *La Semaine Juridique*, éd. E., n° 9, 1990, p. 143-146.

²⁰⁸³ A titre d'illustration, dans le projet AZITO réalisé en Côte d'Ivoire, l'IFC avait accepté d'être remboursé après un certain nombre de créanciers : Cf. O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », op. cit., p. 954 et préc. note 99.

²⁰⁸⁴ Cf. en ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 184 ; *adde*: P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 9; C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit. p. 81.

²⁰⁸⁵ Sur les principes et mécanismes de la subordination en général, Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 177-187 ; *adde*: Z. Sekfali, « La technique de la subordination dans les financements internationaux d'acquisitions d'entreprises, de projets et d'actifs – Régime juridique et pratique en France, aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne », in *Banque et Droit* n° 66, juillet-août, 1999, p. 3-14 ; L. Faugérolas, « La subordination des créances » in *La Semaine Juridique*, éd. E., n° 42, 1991, p. 427-434.

faire²⁰⁸⁶. Dans le cas contraire, aucun paiement n'est effectué et le financement mezzanine est considéré comme un apport en fonds propres. Compte tenu du degré de risque plus important auquel s'expose le financement mezzanine par rapport aux dettes (« senior » notamment), le retour sur un tel financement est en principe plus élevé²⁰⁸⁷. Par ailleurs, lorsque les fonds sont disponibles à la distribution, le financement mezzanine a priorité sur toute distribution effectuée en rémunération des apports en fonds propres²⁰⁸⁸. En définitive, seule une combinaison bien dosée et circonstanciée des différentes sources et formes de financement sus-analysées permettra d'obtenir un montage financier optimal pour le projet en cause.

B- La combinaison des sources et formes de financement aux fins d'optimalité

814. Le BOT apparaît comme le domaine par excellence de l'ingénierie financière, notamment parce qu'il faut rechercher un schéma de financement optimal. Comme l'a relevé un auteur en effet, *“Because of the complex nature of most BOT projects, most financial engineering comes under the category of credit enhancement. (...) Enhancement of the credit structure not only has implications for the borrowing cost to the concession company but also can have a significant commercial impact as well”*²⁰⁸⁹. Par conséquent, la quête d'un financement optimal passe souvent non seulement par une combinaison bien dosée entre formes de financement (1) mais également par une combinaison entre sources et formes de financement (2).

1- L'art et la science de la combinaison entre formes de financement : le ratio dettes/fonds propres (« debt-to-equity ratio »)

815. Selon M. Robert Tiong, *« Equity finance of privatized infrastructure projects under the BOT contract represents the injection of risk capital by the promoter and other equity investors into the concession company »*²⁰⁹⁰. Dans la réalité toutefois, le financement d'une opération BOT relève d'une combinaison entre les dettes et les fonds propres, une telle combinaison résultant tant de la science que de l'art. On estime ainsi que: *«The actual level of debt-to-equity ratio will be the result of a compromise between the project company and the lenders, based on the overall risk to be borne by the lenders, the project risk generally, the nature of the project, the identity of the sponsors, the industrial sector and technology involved, the value of the project and the nature of the financial markets »*²⁰⁹¹. D'autres auteurs ajoutent que: *“Financial engineering techniques and capital structuring skills are required to find the proper mix of debt and equity to achieve successful financing for the proposed project”*²⁰⁹².

²⁰⁸⁶ Cf. en ce sens A. Couret, « Les financements « mezzanine » », op. cit. p. 144 où l'auteur précise par ailleurs que le paiement des intérêts est également subordonné au paiement des intérêts de la *senior debt*.

²⁰⁸⁷ Ibid.

²⁰⁸⁸ Cf. en ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 184.

²⁰⁸⁹ C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit., p. 75.

²⁰⁹⁰ Robert L.K. Tiong, “Competitive advantage of equity in BOT tender”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 121, n° 3, Sept. 1995, p. 282.

²⁰⁹¹ J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 85; *adde*: C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit. p. 81.

²⁰⁹² S. Bakatjan, M. Arikan and R. L. K. Tiong, “Optimal capital structure model for BOT power projects in Turkey”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, Jan-Feb. 2003, p. 89.

816. Dans la mise en œuvre du BOT, la tendance générale semble aller dans le sens d'un effet de levier important : les fonds propres couvrent souvent entre 10-30% du coût total du projet, tandis que les dettes couvrent généralement entre 70-90% de ce coût²⁰⁹³. Les promoteurs du projet s'efforcent en effet d'utiliser autant de dettes que peut le permettre le cash flow du projet, ce qui présente l'avantage d'offrir un taux de retour sur investissement attractif aux investisseurs en fonds propres²⁰⁹⁴. Toutefois, il apparaît qu'une faible contribution en fonds propres entraîne plus de risques sur les bénéfices du projet et les dividendes des apporteurs de fonds propres, ce qui impose de réaliser une juste proportion entre dettes et fonds propres nécessaires pour le projet²⁰⁹⁵. Le ratio dettes/fonds propres (ou "debt-to-equity ratio") constitue non seulement la mesure du montant de fonds propres à apporter par les promoteurs du projet mais également la mesure de l'engagement de ces derniers dans le projet²⁰⁹⁶. On souligne qu'il est en effet très rare que les prêteurs financent totalement un projet ou qu'ils en assument tous les risques, de sorte que les promoteurs du projet doivent contribuer à son financement par voie de fonds propres ou de dettes subordonnées²⁰⁹⁷. Ces promoteurs peuvent disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsque les sources de dettes et de fonds propres se situent sur différents marchés internationaux de capitaux²⁰⁹⁸.

817. Le ratio de dettes/fonds propres se construit et s'affine en fonction de la complexité de l'opération envisagée et est souvent l'expression d'un double combat stratégique et d'intérêts entre prêteurs et promoteurs du projet²⁰⁹⁹. Toutefois, l'usage et l'exigence d'un tel ratio ne sont pas toujours maintenus pendant toute la durée du projet. Ils peuvent ainsi s'appliquer notamment, d'une part, lors de l'offre du projet²¹⁰⁰ et, d'autre part, lors de

²⁰⁹³ J. E. Schaufelberger and Isr Wipadapisut, "Alternate financing strategies for Build-Operate-Transfer projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, vol. 129, n° 2, avril 2003, p. 206.

²⁰⁹⁴ Pour rappel, on distingue deux catégories d'apporteurs de fonds propre : d'une part, ceux qui ont un intérêt direct dans le projet outre l'apport de fonds propres (les promoteurs, constructeurs, Etat hôte parfois...) et, d'autre part, ceux qui sont impliqués dans le projet au seul titre d'investisseurs en fonds propres tels les investisseurs institutionnels.

²⁰⁹⁵ J. E. Schaufelberger and Isr Wipadapisut, "Alternate financing strategies for Build-Operate-Transfer projects", op. cit., p. 206.

²⁰⁹⁶ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 187; *adde* : Robert L. K. Tiong, "Competitive advantage of equity in BOT tender", op. cit., p. 282 où l'auteur souligne l'importance des fonds propres dans le gain éventuel de l'appel d'offre pour les projets BOT : "This is because equity has a two fold function. First, it decreases the burden placed on the project to service debt, thereby reducing the risk of repayment and signifying the promoter's faith in the economic viability of the project. (...) Second, the government believes that it gives the successful promoter incentive to complete the project on time and on budget by placing its equity at risk".

²⁰⁹⁷ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 36.

²⁰⁹⁸ Pour un modèle permettant de circonscrire les effets d'une telle segmentation de marchés, Cf. S. Thomadakis et N. Usmen, « Foreign project financing in segmented capital markets : Equity versus Debt », in *Financial Management*, Winter 1991, p. 42 et s.

²⁰⁹⁹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project finance, BOT projects and risk*, op. cit., p. 85. L'auteur affirme alors que : "The lenders will prefer a lower debt-to-equity ratio in order to obtain a greater investment from the shareholders, ensure commitment to the project and protect lender debt contributions with the additional capital injection into the project thus increasing the net value of project assets. Shareholders will want an increased debt-to-equity ratio, decreasing the amount of investment they will need to supply and, since the return on debt contributions is fixed, increasing the potential return they can obtain from their equity contributions".

²¹⁰⁰ Certains auteurs relèvent en effet que : "Granting authorities and lenders inevitably are concerned about the equity level in evaluating the risk and viability of the project. A significant level of equity investment is a competitive advantage when tendering a BOT project, because it demonstrates a high level of commitment by the project sponsors": J. E. Schaufelberger and Isr Wipadapisut, "Alternate financing strategies for Build-Operate-Transfer projects", op. cit., p. 206; *adde* : Robert L. K. Tiong, "Competitive advantage of equity in BOT tender", op. cit., p. 282

tirages opérés pendant la construction. De cette manière, on vise à s'assurer que le ratio demeure au niveau convenu entre parties jusqu'à l'achèvement de la construction²¹⁰¹. S'il semble dans l'intérêt des promoteurs du projet de réduire leur contribution en fonds propres – notamment lorsqu'ils sont par ailleurs constructeurs – une contribution réduite en fonds propres entraînerait un contrôle réduit sur les termes et conditions des contrats de concession et de construction²¹⁰². Par ailleurs, les prêteurs tiennent fondamentalement à une contribution en fonds propres des promoteurs du projet dans la mesure où une telle contribution constitue une marge de sécurité pour le projet²¹⁰³. De l'interaction entre prêteurs et promoteurs devrait donc découler un ratio dettes/fonds propres qui reflète un certain équilibre²¹⁰⁴, lequel est également recherché et maintenu à travers la combinaison des sources et des formes de financement.

2- La combinaison des sources et formes de financement

818. La combinaison entre sources et formes de financement semble relever d'un véritable défi dans le cadre du BOT. On a ainsi affirmé que : *“The challenge of financial structuring is to establish the appropriate mix of debt, equity and mezzanine financing for a project that, while optimizing the use of financial resources, also ensures a sound financial structure for the project”*²¹⁰⁵. Relever ce défi pose la question du montant nécessaire au financement du projet. Cette question induit elle-même la détermination de la capacité d'endettement (« debt capacity ») du projet, c'est-à-dire essentiellement le montant que les prêteurs sont disposés à consacrer au financement dudit projet. Déterminer la capacité d'endettement dépendra de l'approche du marché de financement adoptée, de l'attitude de chaque prêteur ainsi que des caractéristiques du projet en cause²¹⁰⁶. Dès lors, la combinaison des sources et formes de financement permettra de répondre au besoin de financement du projet, d'autant plus que la fixation du niveau de fonds propres que les promoteurs doivent injecter dans le projet dépend étroitement de la capacité d'endettement du projet telle qu'identifiée par les prêteurs.

819. Au final, le financement global du projet dépendra d'un savant mixage de dettes, fonds propres²¹⁰⁷ et financements mezzanine provenant notamment des banques commerciales, des institutions économiques et financières bilatérales et multilatérales, du marché des capitaux et autres investisseurs ainsi que des promoteurs et, éventuellement, de l'Etat hôte du projet. Un tel mixage peut par ailleurs servir à réduire les risques financiers car, l'on relève que la combinaison de fonds provenant des institutions financières internationales, l'utilisation de taux d'intérêt fixe, le libellé de prêts en monnaie locale ainsi qu'une partie des revenus du projet en devises étrangères constituent une méthode avérée de réduction

²¹⁰¹ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 189.

²¹⁰² C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit. p. 85. Les auteurs précisent que pour cette raison, les contrats ont été souvent le moteur des projets BOT à leur phase de développement.

²¹⁰³ Ibid. p. 86. D'une part, plus il y a de dettes, plus le service de la dette obère le cash flow du projet et accroît les risques pour les prêteurs et, d'autre part, les prêteurs veulent maintenir une incitation suffisante des promoteurs de sorte qu'ils mènent le projet à son terme.

²¹⁰⁴ Pour un modèle postulant un tel équilibre, Cf. S. Bakatjan, M. Arıkan and R. L. K. Tiong, “Optimal capital structure model for BOT power projects in Turkey”, op. cit. p. 89 et s.

²¹⁰⁵ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 196.

²¹⁰⁶ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 43-44.

²¹⁰⁷ Pour une présentation du système original (hybride) du financement en fonds propres du projet Eurotunnel, Cf. T. Freshwater et F. Duhot, « Equity funding », in IBL, January 1996, p. 18-21.

des risques financiers du projet²¹⁰⁸. Il sera examiné dans les lignes qui suivent quelques unes de ces combinaisons :

◆-Les banques commerciales pourvoyeuses de financements par dette et mezzanine

820. Traditionnellement, les banques commerciales procurent des financements par dette et, dans une moindre mesure, des financements mezzanine. Celles-ci auraient d'ailleurs été les premières à accepter le concept de financement de projets fondé sur leur cash flow, sans ou avec un recours limité aux promoteurs du projet²¹⁰⁹. De fait, l'analyse des termes et conditions du document de financement « term sheet » (Cf. *supra* n° 542) d'un projet BOT permet de constater que ce document constitue la base du contrat de financement du projet et doit dès lors s'harmoniser avec les autres contrats du projet²¹¹⁰. C'est ainsi par exemple que le remboursement des prêts accordés par les banques commerciales est généralement taillé à la mesure du cash flow du projet d'où, par exemple, l'importance qu'accordent les banques à la définition de l'achèvement du projet²¹¹¹. Un tel achèvement n'intéresse pas moins les agences de crédit à l'exportation.

◆-Les agences de crédit à l'exportation contributrices au financement par dette

821. Les agences de crédit à l'exportation sont considérées comme une source de dettes à long terme. On estime en effet qu'elles peuvent s'avérer très utiles lorsque la réalisation du projet nécessite l'apport d'une technologie étrangère²¹¹². Par ailleurs, les banques commerciales exigeraient souvent pour le financement un certain ratio de « sucré » (« ratio of sweet ») – c'est-à-dire de dettes couvertes par les agences de crédit à l'exportation – contre un ratio d'« aigre » (« ratio of sour ») – c'est-à-dire de dettes commerciales non couvertes –, une telle exigence étant fonction du pays hôte du projet ainsi que des conditions de nature à assurer une syndication bancaire réussie²¹¹³. L'intervention des agences de crédit à l'exportation est généralement complémentaire de celle des institutions économiques et financières internationales.

◆-Les institutions économiques et financières bilatérales et multilatérales pourvoyeuses de financement par dette, fonds propres et mezzanine

822. Les projets BOT, surtout dans les pays en développement, peuvent bénéficier de l'appui des institutions économiques et financières bilatérales et multilatérales. Cet appui peut se faire sous forme de prêts directs ou de garanties, notamment dans les cas où les banques commerciales paraissent réticentes à prendre des risques²¹¹⁴. Il peut s'agir du groupe de la Banque mondiale (« World Bank Group ») c'est-à-dire de la Banque mondiale elle-même – pour les projets du secteur public – mais surtout de l'« International Finance Corporation » (IFC) qui finance essentiellement les projets du

²¹⁰⁸ Cf. J. E. Schaufelberger and Isr Wipadapisut, "Alternate financing strategies for Build-Operate-Transfer projects", op. cit., p. 211.

²¹⁰⁹ C. Walker and A.J. Smith (eds), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, op. cit. p. 90.

²¹¹⁰ Ibid.

²¹¹¹ Ibid. p. 92.

²¹¹² I. Benichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 37.

²¹¹³ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 79.

²¹¹⁴ Ibid.

secteur privé²¹¹⁵. De nombreux projets bénéficient ainsi des prêts de l'IFC, lesquels sont structurés en deux tranches : un « A-loan » (prêt A) accordé par l'IFC lui-même et un « B-loan » souscrit par les banques commerciales « sous le parapluie IFC » (« under IFC umbrella »). Il peut s'agir également d'institutions multilatérales régionales à l'instar de la Banque européenne d'investissement (BEI), la Banque africaine de développement (BAD), la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque islamique de développement (BID) ou encore la Banque Asiatique de développement. Ces institutions peuvent offrir des avantages financiers importants : elles présentent en effet l'avantage d'offrir non seulement des durées de prêts plus longues que celles des banques commerciales, mais également des taux d'intérêts fixes sur ces durées. Il peut s'agir enfin d'institutions d'aides bilatérales ou multilatérales qui par leur soutien, peuvent permettre à un projet économiquement viable, mais non financièrement, d'être bancable. Le recours aux investisseurs institutionnels ou aux marchés de capitaux peut également contribuer au financement d'un projet BOT.

♦-Les investisseurs institutionnels (et les marchés de capitaux) contributeurs de financements par dette, fonds propres et mezzanine

823. Les investisseurs institutionnels sont des institutions financières non bancaires²¹¹⁶ à l'instar des compagnies d'assurance, des fonds de pension ou encore des fonds d'investissement. En raison de la nature à long terme des fonds dont ils assurent la gestion, ces investisseurs sont à même de fournir des financements par dettes long-terme, fonds propres ou mezzanine²¹¹⁷. Un des avantages qu'offrent les investisseurs institutionnels consiste en la perspective de long terme dans laquelle s'inscrivent leurs investissements de sorte que, contrairement aux banques commerciales, leur profil de rémunération du risque paraît plus attractif pour les projets de BOT, notamment ceux ayant une certaine envergure²¹¹⁸. De nombreux fonds (notamment d'infrastructures) sont de nos jours très actifs dans le domaine des projets et à l'échelle du monde entier²¹¹⁹.

824. En définitive, si le financement optimal d'un projet BOT passe par une savante combinaison entre sources et formes de financement, une telle optimalité dépend aussi en grande partie de la structuration même dudit financement. Une telle structuration repose essentiellement sur une coopération renforcée entre acteurs du financement.

II- Une structuration du financement assise sur une coopération renforcée entre acteurs du financement

825. La structuration du financement d'une opération BOT repose essentiellement sur une coopération renforcée entre les acteurs du financement, lesquels établissent entre eux des rapports qu'ils souhaitent exemplaires. Deux mécanismes attestent de cette coopération

²¹¹⁵ Sur le rôle de l'IFC dans le *project financing*, Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 25 et s.

²¹¹⁶ Les investisseurs institutionnels se distinguent des banques notamment parce qu'ils mobilisent une épargne de long-terme et en assurent une gestion collective, par opposition aux banques qui reçoivent et gèrent principalement des dépôts à court-terme.

²¹¹⁷ Cf. en ce sens J.D. Appiah, "Infrastructure projects: BOT projects developed country structuring", op. cit. p. 208.

²¹¹⁸ En ce sens Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 190.

²¹¹⁹ Pour une analyse détaillée Cf. F. Bitsch, A. Buchner and C. Kaserer, « Risk, return and cash flow characteristics of infrastructure fund investments », in EIB Papers, vol. 15, n° 1, 2010, p. 106 et s.

renforcée soit, d'une part, la syndication (A) et, d'autre part, la convention entre créanciers ou « intercreditor agreement » (B).

A- La syndication

826. La multitude de prêteurs que l'on retrouve dans une opération de BOT exige une coordination rigoureuse de leurs interventions. Au sein de cette multitude de prêteurs, les banques s'illustrent de manière singulière par leur organisation sous forme de syndicat²¹²⁰. Le BOT implique en effet une syndication, laquelle se réalise par convention entre banques. Cette convention fixe les règles et mécanismes de syndication tels la désignation de la banque agent, la répartition au *pro rata* des paiements entre banques, les principes de démocratie syndicale ou encore la pluralité des droits et obligations des différentes banques²¹²¹. Pour ce qui est de la démocratie syndicale, celle-ci vise deux objectifs : d'une part, faciliter le processus de décision compte tenu des évolutions souvent rapides du projet et, d'autre part, avoir un contrôle sur les banques « cavaliers solitaires » qui pourraient menacer la stabilité et l'intégrité du projet²¹²².

827. Pour certains auteurs un montage en *project financing* réussi implique que la structure soit satisfaisante pour l'emprunteur mais aussi, et surtout, qu'elle puisse être vendue auprès d'autres banques²¹²³. En conséquence, échouer dans une tentative de syndication serait alors préjudiciable non seulement au groupe de banques impliquées – et pourrait ainsi nuire à la réputation de ses membres – mais également imposerait la nécessité de revoir soit le montant du crédit, soit la structure même de celui-ci²¹²⁴. La réussite de la syndication apparaît primordiale quel que soit le projet, même si les stratégies de syndication seront différentes en fonction des caractéristiques et de l'environnement du projet en cause²¹²⁵. C'est ainsi que l'on souligne le rôle catalyseur, en matière de syndication au soutien d'un projet, du « B-loan » souscrit par les banques commerciales « sous le parapluie IFC »²¹²⁶.

828. Bien plus, une obligation de coopération dans le choix de la politique à tenir vis-à-vis de l'emprunteur pèserait par ailleurs sur les banques syndiquées²¹²⁷, solution que la

²¹²⁰ Pour une étude générale de cette technique, V. Y. Zein, *Les pools bancaires : Aspects juridiques*, Paris, Economica, 1998 ; *adde* pour une synthèse récente en droit français : H. Martin-Sisteron, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet – Perspectives pour le droit français*, Thèse de doctorat en droit privé, op. cit., p. 274-280. La syndication est par ailleurs connue en droit français sous l'appellation « tours de table bancaires » : Cf. en ce sens J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 675 ainsi que toutes les références citées note 13.

²¹²¹ Cf. en ce sens Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 48.

²¹²² Ibid. (pour l'organisation pratique de la démocratie syndicale).

²¹²³ I. Benichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 101.

²¹²⁴ Ibid. p. 102. Pour ces auteurs la tâche serait dans cette hypothèse plus ardue dans la mesure où les banquiers hésiteraient à participer à un financement qui a subi un premier échec.

²¹²⁵ Voir pour les principales stratégies et étapes de la syndication I. Benichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 102-104 ; *adde* pour un exposé des clauses usuelles dans un crédit syndiqué dédié à un *project financing* : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 55-75.

²¹²⁶ Sur le programme de prêts syndiqués de l'IFC, Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 28.

²¹²⁷ Cf. en ce sens N. Horn, « The restructuring of international loans and the international debt crisis », 12 Int. Bus. L. 400, (1985), spéc. P. 405, cité par J. Béguin et M. Menjucq (dir.), *Droit du commerce international*, op. cit., p. 681.

jurisprudence semble rejeter²¹²⁸. De là tout de même l'importance du mécanisme par lequel les différents prêteurs – et non plus seulement les banques – règlent leurs différents rapports, notamment leurs droits et obligations, vis-à-vis de l'emprunteur.

B- La convention entre créanciers ou « Intercreditor agreement »

829. La variété des sources et des formes de financement ainsi que leur combinaison ou imbrication ci-dessus analysées impliquent en pratique qu'à chaque établissement financier ou groupes d'établissements financiers (par exemple Groupe de la Banque mondiale, banques commerciales, agences de crédit-export...) correspondra une tranche de financement différente caractérisée par ses conditions et sûretés propres. Pour cette raison, l'ensemble des prêteurs et créanciers du projet vont contractualiser leurs rapports et droits réciproques dans un document appelé l'« intercreditor agreement »²¹²⁹.

830. L'« intercreditor agreement » est un document juridique nécessaire tant dans les cas de projets liés mais juridiquement isolés que – et c'est la plupart des cas de projets BOT – lorsque les financements sont accordés par différents groupes de prêteurs (avec notamment des dettes « senior » et des dettes subordonnées)²¹³⁰. Un tel document, quoique variable en fonction des projets en cause²¹³¹, contiendra généralement les conditions communes applicables à tous les prêteurs²¹³², des clauses relatives aux tirages au *pro rata*, des clauses réglant les remboursements – soit au *pro rata*, soit suivant une hiérarchie définie d'accord parties – *via* les comptes recueillant les revenus du projet, la clause de gestion et de monitoring confiés à l'agent unique (conduite des remboursements, du vote ou de l'administration du syndicat), des clauses déterminant les limites aux modifications des conditions de prêts par différents prêteurs, etc.²¹³³. A titre d'illustration, une des questions épineuses qui doit être résolue dans le cadre de cet accord est celle du traitement à réserver, dans le groupe des créanciers, à une agence de crédit à l'exportation lorsque celle-ci assure essentiellement aux prêteurs (commerciaux) une couverture contre les risques politiques ou, lorsque qu'ayant couvert un certain nombre de prêts, il faut assurer un équilibre lors des tirages entre ces prêts et ceux non couverts fournis par d'autres prêteurs²¹³⁴.

²¹²⁸ Sur les jurisprudences américaines et françaises allant dans le sens du rejet, Cf. J. Béguin et M. Menjucq, *Droit du commerce international*, op. cit., p. 681-682.

²¹²⁹ En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 95; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 378.

²¹³⁰ Cf. en ce sens, I. Benichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 77.

²¹³¹ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 379 où l'auteur précise: “*Intercreditor arrangements vary from transaction to transaction, depending on such factors as percentages of debt provided by each lending source, policies of multilateral, and bilateral participants, and whether subordinated debt is included in the financing structure*”.

²¹³² Notamment au sujet des divers engagements et garanties, des causes entraînant défaut de remboursement, des monnaies d'indemnisation, des cessions, compensations, notifications, de la confidentialité, de la loi applicable, du for à saisir en cas de litiges et d'autres questions délicates.

²¹³³ Pour la présentation et l'analyse du contenu de l'« intercreditor agreement » Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 95-102; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 380.

²¹³⁴ Pour une proposition de solutions à cette question Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 343-344.

831. En définitive, l'imbrication des sources, formes, techniques et structures de financement aux fins d'optimalité conduit à catalyser la coopération qu'implique toute opération de BOT. Ce rôle catalysateur du financement est couplé aux techniques d'assurance et autres stratégies de couverture dont la mise en œuvre apparaît par ailleurs tout aussi imbriquée.

Sous-section 2 : L'imbrication des techniques et acteurs de l'assurance et/ou de couverture

832. La réalisation d'une opération de BOT implique l'intervention des assureurs et autres acteurs de couverture déployant diverses stratégies pour prendre en charge, contre rémunération, un certain nombre de risques inhérents au projet. Pour une meilleure efficacité, ces différentes stratégies d'assurance/couverture imposent une conjonction des techniques déployées et, surtout, une coopération entre les pourvoyeurs d'assurance/couverture et les autres intervenants du projet. Au déploiement, par ses pourvoyeurs, des techniques de l'assurance proprement dite (I), s'ajoutera l'appui de diverses stratégies contractuelles de couverture ou offertes par les acteurs des marchés de capitaux (II).

I- Le « pool » assurantiel

833. A côté de l'intervention « classique » des assureurs dans les projets BOT aux fins d'offrir plusieurs types de couvertures (A), des couvertures spécifiques de risques politiques et commerciaux peuvent être offertes par des institutions bilatérales ou multilatérales (B).

A- L'intervention « classique » des assureurs

834. L'assurance joue un rôle très important dans la réalisation de projets BOT : outre la couverture de certains risques du projet, elle est un élément à même d'en renforcer la viabilité. En effet, compte tenu des compétences des assureurs en matière d'évaluation des risques, la couverture d'un projet signifie que le traitement des risques du projet proposé par ses promoteurs paraît satisfaisant, ce qui aux yeux des prêteurs pourrait constituer une « caution » émanant d'un professionnel indépendant quant à la viabilité du projet²¹³⁵. Les assureurs interviennent classiquement dans les projets BOT pour offrir plusieurs types de couverture dont notamment un tous-risques construction, des garanties de bonne fin et de fiabilité de certains participants, une couverture des risques environnementaux, des couvertures pour risques de perte d'exploitation et, dans une certaine mesure, une couverture des risques politiques²¹³⁶.

835. En pratique, l'assurance dans les projets BOT (par analogie au *project financing*) présente une particularité remarquable : elle offre généralement pour la phase de construction une couverture pluriannuelle (une police d'assurance traditionnelle est en principe annuelle), multi-lignes (le dommage physique aux installations ainsi que la responsabilité des parties ou encore l'interruption de l'exploitation peuvent être

²¹³⁵ Cf. en ce sens Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 15, préc. note 26.

²¹³⁶ En ce sens Cf. B. Percopo, "Insurance solutions for project finance" op. cit., ; *adde* : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 102.

simultanément couverts) et multi-parties (l'ensemble des participants ou groupes de participants peuvent être couverts)²¹³⁷. Il se recommande par ailleurs d'impliquer les assureurs dans les négociations du projet dès leur phase préliminaire, pour deux raisons au moins : d'une part, pour une analyse circonstanciée des risques du projet afin d'en concevoir une couverture taillée sur mesure et, d'autre part, pour tirer profit de l'innovation et de la sophistication des mécanismes de couverture offerts²¹³⁸. L'assurance ne doit dès lors pas être conçue comme un simple accessoire ou un produit auquel les partenaires font recours lorsque tout a été décidé²¹³⁹.

- 836.** En définitive toutefois, dans la mesure où le coût des couvertures proposées par les assureurs s'ajoutera au coût global du projet, il appartient aux partenaires de l'opération – notamment le partenaire public, les prêteurs et les promoteurs du projet – de décider de retenir telle ou telle couverture et d'en payer la prime²¹⁴⁰. Les parties s'intéresseront dans ce cas notamment au montant de la couverture, aux exclusions et franchises et veilleront à tenir compte des exigences des prêteurs qui peuvent avoir, dans le contrat de financement, fait obligation aux promoteurs du projet d'utiliser une éventuelle indemnité, soit pour relancer le projet, soit pour rembourser les emprunts²¹⁴¹. Par ailleurs, il se pourrait que les prêteurs exigent que les risques couverts (notamment par des assureurs locaux) soient réassurés auprès de compagnies internationales²¹⁴². A cette intervention « classique » des assureurs, s'ajoute l'intervention spécifique de certaines institutions bilatérales et multilatérales en vue de couvrir certains risques précis.

B- L'intervention spécifique et complémentaire d'institutions bilatérales et multilatérales

- 837.** Certaines institutions bilatérales et multilatérales jouent un rôle de premier plan dans la couverture de certains risques du BOT. Il s'agit principalement de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI ou MIGA en anglais) (1) ainsi que des agences de crédit à l'exportation (2).

²¹³⁷ Cf. en ce sens D. Turner, "Project risk mitigation comes under the microscope" op. cit., p. 13; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 91 où l'auteur précise que cette particularité permet d'éviter les interfaces entre différentes couvertures émanant de différents assureurs, lesquelles pourraient présenter des disparités liées aux tâches multiples et différentes que chaque participant doit assumer.

²¹³⁸ En ce sens Cf. B. Percopo, "Insurance solutions for project finance" op. cit. ; *adde*: UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 217.

²¹³⁹ D. Turner, « Project risk mitigation comes under microscope », op. cit., p. 15.

²¹⁴⁰ Cf. en ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 217. Selon l'UNIDO, il pourrait être plus raisonnable dans plusieurs hypothèses que le partenaire public fournisse un prêt stand-by aux fins de couverture de certains risques.

²¹⁴¹ En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 102-103.

²¹⁴² Ibid. p. 103 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 381 où l'auteur précise que : "A reinsurance program does not provide any contract rights between the reinsurer and the project company or lender. It is, in simplest terms, an indemnity agreement between the insurer and the reinsurer. For direct contract privity to exist, a reinsurance cut-through provision must be included as an endorsement to the project company's policy".

1- L'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)

838. En dehors du projet avorté d'un système conjoint de garantie CEE/ACP²¹⁴³, ainsi que de la Compagnie inter-arabe de garantie des investissements (CIAGI) dont on considère que l'activité est peu représentative du potentiel régional²¹⁴⁴, seule mérite véritablement l'attention au plan international l'Agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI)²¹⁴⁵. L'AMGI fait partie du Groupe de la Banque mondiale et a été créée par une convention internationale, ouverte à signature à Séoul, le 12 octobre 1985. Cette convention est entrée en vigueur le 12 avril 1988²¹⁴⁶. L'AMGI, organisation autonome qui jouit de la personnalité de droit international, a son siège à Washington.

839. Cette Agence assure les risques politiques qui entrent dans les quatre catégories²¹⁴⁷ énumérées à l'article 11 (a) de la Convention à savoir : (i) les risques de restrictions imposées par les pouvoirs publics du pays d'accueil au transfert des bénéfices sur des capitaux et à la convertibilité des devises ; (ii) les risques d'expropriation ou de nationalisation et les pertes encourues par les investisseurs suite à des mesures législatives ou réglementaires discriminatoires ; (iii) les risques de rupture du contrat d'investissement (résiliation ou répudiation) et enfin (iv) les risques de conflits armés ou de troubles civils. Les conditions d'éligibilité à la garantie sont définies à l'article 12 de la Convention. Elles concernent notamment : la contribution de l'investissement au développement du pays d'accueil²¹⁴⁸, l'exigence d'un solide système de traitement et de protection dans le pays de l'investissement – dont précisément l'existence de conventions bilatérales entre l'Etat de l'investisseur et l'Etat de territorialité²¹⁴⁹ – et enfin une compatibilité de l'investissement avec les objectifs du pays d'accueil.

840. Les opérations de garantie s'effectuent à travers deux « guichets »²¹⁵⁰, selon qu'il s'agit d'assurance hors capital c'est-à-dire que les encours de garantie sont hors plafond ou sous plafond (l'Agence interviendra ici à titre de fiduciaire ou de mandataire des parrains²¹⁵¹) ou selon qu'il s'agit d'assurance en capital (l'Agence interviendra dans ce cas comme organisme de garantie et est tenue d'observer certaines règles prudentielles). La délivrance de la garantie se matérialise par la conclusion d'un contrat de garantie dont la négociation des conditions obéit aux règles générales et spéciales que pourrait adopter le conseil d'administration de l'Agence. On estime que ces contrats obligent généralement l'investisseur à épuiser les recours administratifs (dans le pays de territorialité) – mais non les recours juridictionnels –

²¹⁴³ Cf. à ce sujet D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2005, p. 496-498 où les auteurs affirment que les études conjointes menées par des experts CEE et ACP ont conclu que le système conjoint envisagé ne serait pas financièrement viable.

²¹⁴⁴ Cf. C. Vadcar, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », in *Juriscl. dr. int.*, Fasc. 565-54, nov.1999, n°147, p. 27. L'auteur affirme cependant que la CIAGI fut la première expérience internationale de garantie des investissements.

²¹⁴⁵ Pour un examen approfondi de l'AMGI et de ses mécanismes, V. notamment : J. Touscoz, « L'agence multilatérale de garantie des investissements », in *DPCI*, 1987, n° 2, p. 311-333 ; *Idem* « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.) », in *JDI*, 1987, p. 901-925 ; *adde* : IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 35-36.

²¹⁴⁶ Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 20.

²¹⁴⁷ Pour des commentaires sur ces catégories, Cf. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 502-503. Pour ces auteurs les actes de terrorisme, par exemple, ne font pas partie de la catégorie de risque de conflits armés ou de troubles civils et ne peuvent être couverts que par une extension de la garantie.

²¹⁴⁸ Ceci justifierait, selon Corinne Vadcar, le fait que le système joue uniquement dans le sens Nord-Sud: C. Vadcar, *Fasc. 565-54*, op. cit., p. 28.

²¹⁴⁹ *Ibid.* pour un exposé des mesures pour remédier à l'absence de telles conventions.

²¹⁵⁰ Cf. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 501-502.

²¹⁵¹ Dans cette hypothèse les flux d'investissement sont garantis sans considération de destination c'est-à-dire dans le sens Sud-Sud par exemple : C. Vadcar, op. cit., p. 28.

avant de solliciter l'Agence en paiement de l'indemnité²¹⁵². Les capacités de l'AMGI sont cependant relativement restreintes, ce qui pousse les investisseurs à s'adresser également aux institutions nationales.

2- Les agences de crédit à l'exportation

841. L'origine des agences de crédit à l'exportation est liée au désir de certains Etats de promouvoir leurs exportations par un soutien multiforme (subventions notamment) à leurs exportateurs. Elles offrent principalement une couverture du risque politique, mais également, et dans une certaine mesure, une couverture des risques commerciaux²¹⁵³. Par ailleurs, la couverture qu'offrent ces agences n'est pas uniquement une opération technique et économique, mais constitue aussi, et surtout, un aspect important de la politique étrangère de l'Etat dont dépend l'Agence : en l'octroyant, cet Etat privilégie ses relations avec tel ou tel pays en y créant un climat incitatif ; en la refusant ou en l'assortissant d'une prime plus élevée, il crée un climat dissuasif vis-à-vis de tel ou tel pays²¹⁵⁴. De plus, les pays développés ne délivreront leur garantie aux investissements réalisés dans un pays en développement, que si ce pays accorde ou assure à ces investissements les conditions de traitement et de protection que les pays développés en attendent²¹⁵⁵. Par ailleurs, les investisseurs qui bénéficient de la couverture de leur agence nationale de crédit à l'exportation jouissent d'un avantage non négligeable par rapport à ceux qui ne bénéficient pas d'une telle couverture ou d'un mécanisme équivalent.

842. Les Etats membres de l'OCDE dans leur quasi-totalité ainsi que de nombreux autres Etats disposent d'agences de crédit à l'exportation. Dans le but de coordonner et de standardiser leurs actions, ces Etats ont négocié un « gentlemen's agreement » appelé Accord sur les principes directeurs applicables aux agences officielles de crédit à l'exportation (« Arrangement on Guidelines for Officially Supported Export Credits »)²¹⁵⁶. Toutefois, chaque agence de crédit à l'exportation détermine sa stratégie et les règles applicables au traitement des risques dont elle accepte la couverture et notamment, le degré de risque qu'elle peut assumer. Il en résulte la nécessité, lors de la mise en œuvre d'un BOT impliquant une telle agence, d'apprécier avec la plus grande précision l'offre de couverture faite par celle-ci²¹⁵⁷.

²¹⁵² D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 504.

²¹⁵³ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 330.

²¹⁵⁴ C. Vadcar, « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droits français et étrangers », in Juriscl. dr. int., Fasc.565-52, 1999, p. 18, n° 107 ; *adde* dans le même sens, D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 492.

²¹⁵⁵ Selon certains auteurs, ceci constituerait la raison principale pour laquelle les pays en développement préfèrent les mécanismes de garantie internationaux aux mécanismes nationaux : D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 491-492.

²¹⁵⁶ Pour M. Vinter en effet, conformément au paragraphe 5, Annexe X de cet Accord : “An ECA [Export Credit Agency] wishing to provide support to a project under the Arrangement's special rules for project finance transactions must notify all other participants to the Arrangement at least 10 calendar days before issuing any commitment”: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 330 ; *adde*: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 78 où l'auteur précise que: “The Consensus Rules seek to avoid unfair competition if an ECA offers excessively generous terms to assist exports from its country and thereby establish a level playing field”.

²¹⁵⁷ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 335-336 où l'auteur indique que le niveau de couverture offerte (pour les risques politiques ou commerciaux) dans un projet donné variera généralement entre 90 et 100% mais, précise-t-il : « The cover that ECAs offer is not all-embracing. They will typically only guarantee repayment of principal and payment of interest and default interest at a specified rate. In addition, repayment of principal is only guaranteed on an unaccelerated basis (...) ».

843. En pratique, la garantie se matérialise par un contrat auquel sont parties, d'une part, l'organisme de garantie et, d'autre part, le bénéficiaire de la garantie. Le contrat de garantie semble par conséquent un contrat de droit interne qui s'insère dans l'ordre juridique de l'Etat de nationalité de l'investisseur et, partant, le contentieux des garanties est en principe un contentieux de droit interne relevant des juridictions de l'Etat de nationalité de l'investisseur²¹⁵⁸. Le contrat de garantie met des obligations à charge des deux parties : d'un côté, l'organisme de garantie doit indemniser l'investisseur en cas de survenance du sinistre – en l'occurrence la réalisation du risque politique – et, d'un autre côté, l'investisseur, outre le paiement de sa prime contractuelle, doit informer l'organisme de garantie, pendant toute la durée de la police, de toute circonstance qui pourrait aggraver le risque politique pesant sur l'investissement et s'abstenir de tout acte qui serait de nature à aggraver un tel risque²¹⁵⁹. Si le sinistre est constitué, l'organisme de garantie doit verser à l'investisseur le montant de l'indemnité contractuelle dans les délais prévus par la police : le versement de cette indemnité contractuelle entraîne subrogation²¹⁶⁰ de l'organisme de garantie dans les droits, actions et recours de l'investisseur vis-à-vis de l'Etat de territorialité, qui est à l'origine du sinistre politique²¹⁶¹.

844. A défaut de les présenter et à titre indicatif, les principaux organismes ou systèmes nationaux de garantie sont : l'Office nationale du ducroire (OND) pour la Belgique²¹⁶², la Compagnie française d'assurance du commerce extérieur (COFACE) pour la France²¹⁶³, *Hermès* en Allemagne (dans le cadre d'un consortium avec *Treuarbeit* et dans lequel elle est chef de file) a été chargée et autorisée à donner et recevoir toutes les déclarations en matière de garanties à l'exportation ou à l'investissement d'ordre et pour le compte du gouvernement fédéral²¹⁶⁴, l'*Export Credits Guarantee Department* (ECGD) pour le Royaume-Uni qui accorde des garanties à l'investissement dans le cadre de l'*Overseas Investment Insurance Facility*²¹⁶⁵, l'*Export Import Insurance Division* (EID) division du Ministère du commerce extérieur et de l'industrie pour le Japon et, pour les Etats-Unis, le système de garantie comprend trois organismes²¹⁶⁶ : l'*Export-Import Bank of The United States* (Eximbank), la *Foreign Credit Insurance Association* (FCIA) pour les exportations et l'*Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) pour les investissements. Les interventions nombreuses et diverses des assureurs qu'ils soient privés, bilatéraux ou multilatéraux ne sont cependant pas illimitées. Viennent en complément de ces interventions les stratégies contractuelles de couverture ou celles impliquant les instruments multiples qu'offrent les marchés de capitaux.

²¹⁵⁸ D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 493 ; *adde* : J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements*, Paris, PUF, 1985, p. 215. Ce dernier auteur précise cependant que l'assurance-investissement possède, par définition, une dimension internationale car ses effets ou ses prolongements concernent l'ordre international, notamment la question de la subrogation lorsque l'assureur a indemnisé l'assuré.

²¹⁵⁹ J.-P. Laviee, *Protection et promotion des investissements*, op. cit., p. 215.

²¹⁶⁰ Ibid. p. 229-240 sur la reconnaissance de la subrogation et de ses effets en droit international général. L'auteur indique (p. 230 ainsi que les références citées) que le principe général paraît être qu'il appartient à l'Etat de nationalité de l'assuré, victime originelle, de présenter une réclamation.

²¹⁶¹ Ceci suppose que l'Etat en cause puisse être rendu responsable du préjudice causé, quelle que soit la base de la responsabilité : Cf. en ce sens J.-P. Laviee, op. cit., p. 224.

²¹⁶² Pour les détails, Cf. *L'assurance des contrats d'exportation et des investissements à l'étranger*, Bruxelles, OND, 1981.

²¹⁶³ Pour les détails, Cf. D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., p. 493-496 ; *adde* : A. Moutier, « La garantie des investissements français à l'étranger », in *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, op. cit., p.765-774.

²¹⁶⁴ En ce sens, Cf. C. Vadcar, Fasc.565-52, op. cit., p. 20, n° 116.

²¹⁶⁵ Ibid., n°118 pour les détails.

²¹⁶⁶ Sur le fonctionnement de ces organismes, Cf. C. Vadcar, Fasc.565-52 op. cit., p. 21, n° 121.

II- L'appui des stratégies contractuelles de couverture et des instruments de couverture offerts par les marchés de capitaux

845. Les risques qu'entraîne la réalisation d'un projet BOT – notamment les risques de disponibilité et de demande – incitent généralement les différents partenaires à tenter de les assumer ou de s'en prémunir au mieux afin de garantir le succès de l'opération. Pour ce faire, ceux-ci procèdent par la mise en œuvre de stratégies contractuelles de couverture (A) et/ou l'utilisation des instruments de couverture qu'offre les marchés de capitaux (B).

A- Les stratégies contractuelles de couverture – Renvoi

846. Les stratégies contractuelles de couverture consistent essentiellement en des transferts de risques spécifiques – surtout de construction, de disponibilité et de demande – à certains partenaires du projet. Ceux-ci peuvent à leur tour retransférer, contractuellement, tout ou partie de ces risques à des tiers. Une des stratégies de couverture généralement mise en œuvre est relative aux risques de construction, lesquels sont en principe transférés aux constructeurs censés être le mieux à même de les assumer. Le contrat de construction fera l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 2 ci-dessous. Le risque de disponibilité – performance des installations et/ou qualité des produits/services – fait également l'objet d'un traitement contractuel, notamment par le biais des contrats de management et de maintenance qui feront également l'objet d'analyses subséquentes au titre des contrats d'exploitation.

847. D'autres stratégies contractuelles sont par ailleurs relatives aux risques de demande (ou de marché). On estime en effet que les risques de demande sont très difficiles à couvrir, à moins de disposer d'un acheteur unique ou d'un groupe d'acheteurs pour les produits ou services du projet²¹⁶⁷. Par conséquent, se couvrir contre de tels risques implique bien souvent la conclusion de contrats à long-terme de livraisons ou d'achats (« offtake agreement », « throughout put agreement »,...) ²¹⁶⁸. A l'inverse, il pourrait s'imposer à la société du projet de conclure des contrats à long terme d'approvisionnement ou de fourniture, en matières premières par exemple. Tous ces contrats feront également l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 2 ci-dessous. Parallèlement, dans le but d'optimiser leurs couvertures, les partenaires au projet BOT font parfois recours à des instruments de couverture offerts par les marchés de capitaux.

B- L'usage des instruments de couverture offerts par les marchés de capitaux

848. *“Hedging (together with so-called « risk management ») has become a billion-dollar business”*²¹⁶⁹. C'est ainsi que M. Graham Vinter souligne l'importance qu'occupent actuellement les instruments de couverture de risques sur les marchés de capitaux. La couverture (« hedging ») est elle-même définie comme étant : « (...) *The protection of a borrower from adverse movements in currency exchange, interest rates and commodity prices* »²¹⁷⁰. Pour M. Joseph-Benjamin Mojuyé, « *La couverture est une opération qui consiste à neutraliser le risque d'une fluctuation dans les conditions du marché en se « verrouillant » (« to lock-in ») un prix, un taux d'intérêt ou encore un taux de change de manière à assurer le transfert dudit risque sur la contrepartie* »²¹⁷¹.

²¹⁶⁷ IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 45.

²¹⁶⁸ P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 15-16.

²¹⁶⁹ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 210.

²¹⁷⁰ Ibid.

²¹⁷¹ J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 2005, p. 59.

849. Dans le cadre du BOT, une des plus grandes difficultés dans l'établissement d'un modèle de cash flow réside dans les projections à réaliser sur l'évolution, sur une très longue durée de concession, des taux d'intérêt ou du taux d'inflation à intégrer dans le modèle, étant entendu qu'une variation même infime de tels taux est susceptible de modifier significativement le cash flow du projet²¹⁷². Toutefois, alors que des instruments de couverture de plus en plus complexes se sont développés sur les marchés financiers, il semble que les acteurs du *project financing* sont demeurés assez conservateurs dans le choix et l'usage de tels instruments, préférant ainsi les plus classiques et les plus simples²¹⁷³. En pratique, la mise en œuvre d'un projet BOT impose souvent le recours, notamment par la société du projet, à certains mécanismes de couverture offerts par les marchés de capitaux. Ceci s'explique par la variété sus-décrite des sources et formes de financement par contraste avec les sources de revenus du projet – très souvent locales – ou encore l'impératif d'approvisionnement en matières premières²¹⁷⁴. Le présent paragraphe est consacré à la présentation de ces instruments à savoir, d'une part, les instruments de couverture à terme ferme²¹⁷⁵ (1) et, d'autre part, les instruments de couverture à terme optionnel (2).

1- Les instruments de couverture à terme ferme

Il convient de distinguer les swaps de taux d'intérêt ou de devises (a) des « forwards foreign exchange agreements » (b) ainsi que des futures (c).

a- Swaps de taux d'intérêts ou de devises

850. Dans nombre de projets internationaux, les prêts à long terme et à taux d'intérêts variable semblent constituer la norme. Or, il peut arriver que ces taux d'intérêts connaissent une augmentation significative en cours d'opération, ce qui aurait pour conséquence de remettre fondamentalement en cause les projections financières initiales du projet en d'en obérer l'exécution. Le swap de taux d'intérêts est un moyen de couverture de plus en plus usité pour couvrir un tel risque²¹⁷⁶. Le swap de taux d'intérêts est une opération qui consiste pour deux contreparties à échanger à dates fixes un flux d'intérêts basé sur un taux fixe contre un flux d'intérêts basé sur un taux variable²¹⁷⁷. Selon un auteur, les swaps de taux peuvent efficacement permettre à leurs utilisateurs de faire face aux fluctuations du marché, même s'ils coûtent également un prix supplémentaire invisible au moment de la conclusion du contrat de swap à savoir la perte d'une opportunité de gain²¹⁷⁸.

²¹⁷² Cf. en ce sens Dey P.K., Ogunlana S.O. and Takehiko N. "Risk management in build-operate-transfer projects", op. cit., p. 284.

²¹⁷³ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 210. Une autre justification de ce conservatisme des *projects financiers* réside probablement dans le coût de ces instruments, notamment les plus sophistiqués.

²¹⁷⁴ Pour un examen des difficultés liées à ces mécanismes de couverture dans le cadre d'un *project financing* ou d'un BOT, Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 212-214.

²¹⁷⁵ Pour une étude d'ensemble de ces mécanismes et notamment leurs fonctions de garanties : Cf. I. Riassetto, *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, Thèse de doctorat, op. cit.

²¹⁷⁶ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 51.

²¹⁷⁷ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 211 où l'auteur précise toutefois que: "The market standard ISDA (International Swaps and Derivatives Association) documentation for derivatives has an option which provides for net payment to be made by one party to the other on each settlement date rather than for each party to make gross payments to the other"; adde: Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 80.

²¹⁷⁸ J.-B. Mojujé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 74-75.

851. Le swap de devises quant à lui consiste en un accord entre deux contreparties qui s'échangent un montant déterminé de devises étrangères et s'engagent mutuellement à se rendre le montant échangé à une échéance déterminée. A la différence du swap de taux d'intérêt, le swap de devises comprend l'échange du montant déterminé (en devises étrangères) au moment de l'accord passé entre parties²¹⁷⁹. Le swap de devises semble par conséquent un outil permettant de réduire les risques que peuvent engendrer diverses sorties ou entrées de fonds s'effectuant dans des monnaies différentes²¹⁸⁰. Lorsqu'un marché local de swap de devises existe, la monnaie locale peut être aisément échangée contre une devise étrangère forte afin de couvrir le risque de change voire même de taux d'intérêts qui pourrait obérer le projet. En l'absence d'un tel marché, l'intervention d'une institution financière aux fins de couverture s'avère souhaitable²¹⁸¹. En ce que le swap se traduit par un échange de produit ou de valeur par les deux parties en présence, il se distingue des *forward* (*foreign exchange agreements*).

b- Forward foreign exchange agreements

852. Un *forward* est généralement défini comme un contrat sur prix (ou taux) futur en vertu duquel l'une des parties, le vendeur, s'engage à livrer une chose, et l'acheteur à en payer le prix et à en prendre livraison, à un prix déterminé au moment de la conclusion du contrat, pour une livraison devant être effectuée à une date future²¹⁸². Dans le cadre d'une opération BOT, il peut être fait recours aux « *forward foreign exchange agreements* ». Il s'agit de conventions par lesquelles une partie s'engage envers l'autre à échanger, à une date future, un montant déterminé d'une devise contre une autre devise à un taux de change établi au moment de la conclusion de la convention²¹⁸³. Les mécanismes de *forward sales or purchase* permettent pareillement de se couvrir contre les mouvements de prix, de matières premières notamment²¹⁸⁴. De tels mécanismes de *forward* caractérisent également les « futures ».

c- Les futures (contrats à terme standardisés)

853. Les « futures » sont des contrats à terme ferme standardisés, traités sur une bourse de valeurs et qui bénéficient par conséquent de la sécurité que procure l'entremise d'une chambre de compensation dans toutes les négociations et cessions²¹⁸⁵. Tout comme les swaps et les *forwards*, les *futures* peuvent permettre de se couvrir en verrouillant un prix, un rendement, un taux d'intérêt ou de change. Dans la mesure toutefois où ces différents instruments empêchent de bénéficier des mouvements favorables du marché, leur usage induit une perte d'opportunité²¹⁸⁶. Une telle perte d'opportunité peut cependant être évitée en faisant usage, contre paiement d'une prime toutefois, des instruments de couverture à terme optionnel.

²¹⁷⁹ Voir toutefois pour une utilisation, parfois combinée, de ces deux mécanismes dans les projets BOT : UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 165-166.

²¹⁸⁰ En ce sens Cf. J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 79.

²¹⁸¹ Sur un cas d'intervention de l'IFC à cette fin, Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 49.

²¹⁸² Cf. en ce sens J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 23 ainsi que la référence citée.

²¹⁸³ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 210-211.

²¹⁸⁴ Ibid. pour un exemple concret de projet ayant eu recours à ces mécanismes.

²¹⁸⁵ En ce sens Cf. J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 80.

²¹⁸⁶ Ibid. p. 81 et les références y citées.

2- Les instruments de couverture à terme optionnel

Si de tels instruments peuvent parfois être combinés, il convient néanmoins de distinguer les options (a) des « caps, floors and collars » (b).

a- Options

854. L'option est définie comme un contrat bilatéral par lequel un des deux contractants acquiert, grâce au paiement d'une prime donnée, le droit – non l'obligation – d'acheter ou de souscrire (*option call*), ou de vendre (*option put*) un actif à un prix préalablement déterminé (prix d'exercice) durant ou au terme d'une période de temps donnée. L'autre cocontractant s'engage, pour obtenir la prime, à céder/émettre (*option call*) ou à acheter (*option put*) l'actif sous-jacent pour le prix convenu lorsque le titulaire ou bénéficiaire du droit l'exerce²¹⁸⁷. Pour un auteur, les options jouent un rôle semblable à celui des polices d'assurance²¹⁸⁸. Elles peuvent, comme les instruments sus-décrits, être basées sur une variété de sous-jacents tels un taux d'intérêts, le taux de change d'une devise, les cours d'un produit ou les rendements d'une valeur mobilière²¹⁸⁹. De la définition de l'option mentionnée, les marchés financiers distinguent entre deux types d'options : le *call* et le *put*. Le *call* confère à l'acheteur le droit d'acheter un sous-jacent à un certain prix pendant une période déterminée tandis que le *put* lui donne le droit de vendre ledit actif sous-jacent à un certain prix au cours de la période spécifiée dans le contrat (durée ou période d'exercice)²¹⁹⁰.

855. Dans un projet BOT, l'option *put* peut ainsi permettre à la société du projet de vendre ses produits/services à un prix déterminé et à un moment dans le futur – ce qui a pour effet de protéger le cash flow du projet pendant la durée du *put* – tandis que l'option *call* permettra l'achat d'approvisionnements (d'« inputs ») dans le futur, également à un prix déterminé²¹⁹¹. Ces mécanismes optionnels peuvent être combinés aux *caps*, *floors* et autres *collars*.

b- Caps, floors et collars

856. Un *cap* (ou prix ou taux plafond) est une stratégie de couverture contre la hausse du taux d'intérêt d'un actif/passif à taux flottant et consiste pour l'acheteur, en échange d'une prime payée « up front », à recevoir du vendeur une somme dont le montant a été initialement fixé si

²¹⁸⁷ En ce sens : J. Hull, *Options, futures et autres actifs dérivés*, Paris, Pearson Education France, 2007, 6^{ème} éd., p. 7 ; B. Colmant, J. Ghysbrecht, J. Harevals, B. Waltregny, *Les stock options en Belgique – Considérations fiscales, financières et comptables*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 13 ; *adde* : A. Ruttiens, *Futures, Swaps, Options – Les produits financiers dérivés*, Bruxelles, Edipro, 2006, p. 99.

²¹⁸⁸ J.-B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 59.

²¹⁸⁹ Ibid. p. 81. On parlera alors, selon le cas, des options sur taux d'intérêt (« interest rate options »), options sur devises (« currency options »), options sur produits (« commodity options ») et options sur valeurs mobilières (« equity options ») dont les « stock options » font partie.

²¹⁹⁰ Ibid.

²¹⁹¹ Sur l'utilisation des options *put* dans le *project financing* et les formes qu'elles peuvent prendre, Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 16-17 ; *adde* : IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 47. L'IFC relève toutefois deux limites à l'utilisation des options dans un BOT à savoir : “One limitation of option agreements, however, is that new project companies may have to reach a stable level of output before they are able to enter into them. (...) In addition, product options in the market usually do not go beyond two years in maturity. Therefore options may not be feasible for longer-term hedging in many projects”.

le taux d'intérêt s'élève au-dessus d'un taux plafond déterminé (« cap rate »)²¹⁹². Un *floor* (ou prix ou taux plancher) vise un but contraire à celui visé par un *cap* dans la mesure où l'acheteur d'un *floor* souhaite se protéger contre une tendance à la baisse du taux d'intérêt d'un actif à taux flottant²¹⁹³. Par conséquent, l'acheteur paie la prime de l'option, d'une part, et, d'autre part, le vendeur du *floor* promet de faire des paiements à l'acheteur à chaque date de paiement au cas où ledit taux d'intérêt baisse et passe en dessous d'un taux plancher (ou *floor rate*)²¹⁹⁴. Le *collar* quant à lui est une stratégie qui combine l'achat d'un *cap* et la vente d'un *floor* de sorte qu'en recevant une prime à l'occasion de la vente d'un *floor*, l'acheteur paie dans la réalité une prime réduite pour le *cap*²¹⁹⁵.

857. Dans un projet BOT en pratique²¹⁹⁶, la société du projet qui achète un *cap* réalise concrètement une opération par laquelle un prêteur s'engage à lui payer le surplus de taux d'intérêt ou de prix d'un bien en raison d'une augmentation par référence à un taux ou un prix préalablement établi d'accord parties. A l'inverse, l'achat d'un *floor* oblige la société du projet à reverser au prêteur un complément de taux d'intérêt ou de prix en raison d'une baisse du taux ou du prix de référence préalablement établi. La société du projet peut ainsi contrebalancer le coût d'achat d'un *cap* en vendant un *floor*. Lorsqu'elle prend simultanément un *put* et un *call* avec le même prêteur pour un même produit, il s'agit d'un *collar*.

858. Pour conclure, les contrats et conventions de financement et d'assurance/couverture ainsi analysés viennent s'imbriquer dans le contrat de BOT pour en préciser les bases et en renforcer l'interdépendance et, partant, la coopération sur laquelle se fonde ce type d'opérations. Les garanties apportées au soutien du projet participent du même renforcement de la coopération entre parties à l'opération.

SECTION III : LES GARANTIES APPORTÉES AU SOUTIEN DU CONTRAT DE BOT : CIMENT DE LA COOPÉRATION

859. Les garanties apportées au soutien d'une opération de BOT sont généralement de deux ordres : d'une part, les garanties émanant du partenaire public (sous-section 1) et, d'autre part, les garanties émanant des partenaires privés (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les garanties émanant du partenaire public

860. Le partenaire public dispose de plusieurs outils pour apporter son soutien aux projets BOT au rang desquels : un traitement fiscal préférentiel, un apport en fonds propres ou de dettes subordonnées, des aides financières mais également les garanties. Ces dernières jouent un rôle significatif – i.e. celui de ciment de la coopération – dans la mise œuvre du projet²¹⁹⁷ car, si les intérêts des partenaires sont tous reliés au projet, ils n'en sont pas moins différents les uns des autres :

²¹⁹² J.-B. Mojujé, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, op. cit., p. 84.

²¹⁹³ Ibid.

²¹⁹⁴ Ibid.

²¹⁹⁵ Ibid. p. 85 où l'auteur précise toutefois que le *collar* peut être structuré aux niveaux du *cap* et du *floor* de telle sorte que l'acheteur n'a à payer aucune prime.

²¹⁹⁶ Sur cette pratique Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 210-211.

²¹⁹⁷ Pour des exemples de projets BOT initiés par certains Etats et qui n'ont pu voir le jour en raison de garanties jugées inadéquates par les partenaires privés, Cf. M.M. Kumaraswamy and X.Q. Zhang, «Governmental role in BOT-led infrastructure development », in *International Journal of Project Management*, 19, 2001, p. 197 ; *adde* pour une présentation de telles garanties et une analyse de leur caractère acceptable ou non : D. Lamethe, « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matière de grands projets d'investissement », op. cit., p.54-64.

- pour les promoteurs du projet, l'objectif n'est pas simplement de réaliser le projet dans les délais, selon le budget et en conformité avec les spécifications techniques convenues, mais surtout d'obtenir un retour sur investissements raisonnable²¹⁹⁸. Ceux-ci focalisent ainsi leur attention sur les revenus futurs du projet mais également sur les risques qui pourraient, avec le temps, menacer ces revenus. Leur décision d'investir dépendra par conséquent du compromis qu'ils auront forgé entre le retour sur investissement espéré et leur degré d'exposition aux risques du projet²¹⁹⁹ ;
- pour les prêteurs, c'est moins la solvabilité des emprunteurs que les performances économiques du projet qui les préoccupent car le remboursement des emprunts se fait principalement, sinon essentiellement, sur la base des revenus du projet. Les prêteurs veillent notamment à ne pas courir un niveau de risque excessif qui viendrait assombrir les perspectives d'un taux d'intérêt alléchant : leur décision de financer le projet résultera de la balance entre le degré de sécurisation des fonds alloués et le taux d'intérêt appliqué²²⁰⁰ ;
- quant au partenaire public enfin, celui-ci est sollicité pour apporter un soutien multiforme au projet et attend en retour des retombées socio-économiques significatives (création d'emploi, services/produits moins coûteux et de qualité, nouvelles infrastructures...). Sa décision de soutenir le projet se fera en rapport avec les retombées socio-économiques attendues c'est-à-dire qu'un tel soutien dépendra du compromis entre le degré de soutien et les retombées espérées²²⁰¹.

861. En dépit de ces intérêts divergents pour chaque partenaire, risques et rémunérations du projet vont de pair. Le compromis auquel doit aboutir chaque partenaire, entre les risques à assumer et la rémunération y attachée, renforce l'interdépendance et partant la coopération entre ceux-ci. Un tel compromis tient forcément compte des intérêts et appréhensions de chaque partenaire, d'où la question de savoir ce que le partenaire public devrait ou pourrait faire pour permettre un compromis général satisfaisant. Les garanties du partenaire public tendent en effet à apaiser les appréhensions des autres parties au projet et à prendre en compte leurs intérêts²²⁰².

862. Idéalement, tout projet BOT devrait s'autofinancer. Comme nous l'avons vu toutefois, la rentabilité n'est pas une condition suffisante de la mise en œuvre d'un projet BOT. Un tel projet doit par ailleurs être pérenne, notamment dans les hypothèses de projets présentant une utilité sociale avérée. Dans de telles hypothèses, la rentabilité n'est pas toujours au rendez-vous de sorte le soutien du partenaire public est activement recherché et même souhaitable. D'ailleurs, indique-t-on, la plupart de projets BOT réalisés ces dernières années auraient

²¹⁹⁸ M.M. Kumaraswamy and X.Q. Zhang, «Governmental role in BOT-led infrastructure development », op. cit., p. 197

²¹⁹⁹ Cf. en ce sens S. Ye and R.K.L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power projects", in *Engineering, Construction and Architectural Management*, vol. 7, n° 4, 2000, p. 413.

²²⁰⁰ Ibid.

²²⁰¹ Ibid.

²²⁰² Pour certains auteurs, les garanties du partenaire public sont importantes pour trois raisons principales : (i) elles diminueraient le niveau de risques pris par le concessionnaire, (ii) elles soutiennent le cash flow de ce dernier, et (iii) elles augmentent la confiance des investisseurs et des prêteurs dans le succès du projet BOT : Cf. W. R. Zhang, S. Qing Wang, R.L.K. Tiong, S. Kiong Ting & D. Ashley, « Risk management of Shanghai's privately-financed Yan'an Donglu tunnels », in *Journal of Engineering, Construction and Architectural Management*, Vol. 5, n° 4, p. 403.

obtenu un soutien direct ou indirect du partenaire public²²⁰³. Il convient toutefois de rappeler que fournir des garanties doit rester exceptionnel et limiter aux seuls cas ou aspects du projet où elles s'avèrent nécessaires. Par ailleurs, lorsque de telles garanties sont fournies, elles ne suffisent pas à assurer le succès du projet car, outre le fait qu'elles doivent recevoir un traitement transparent de la part du partenaire public²²⁰⁴, il faut encore qu'elles soient structurées de sorte à ce que le retour attendu rencontre l'efficacité opérationnelle²²⁰⁵. En clair, le partenaire public doit continuer à jouer un rôle actif tout au long du projet pour assurer la qualité, l'efficacité et la satisfaction de l'utilisateur final.

863. En fin de compte, le soutien du partenaire public, notamment à travers les garanties, apparaît comme une composante nécessaire – mais pas indispensable²²⁰⁶ – à la réalisation de la plupart des projets BOT en telle manière que seules la nature et l'ampleur d'un tel soutien dépendent des caractéristiques et du contexte du projet en cause²²⁰⁷. Les garanties apportées par le partenaire public sont par ailleurs variées. Elles peuvent néanmoins être regroupées en deux grandes catégories à savoir : d'une part, les garanties tendant à créer un environnement politique, juridique et social favorable (I) et, d'autre part, les garanties de nature économique, financière et technique (II). Ces deux grandes catégories de garantie paraissent récurrentes dans les pays en développement notamment²²⁰⁸.

I- Les garanties de nature politique, juridique et sociale : susciter l'adhésion au projet

864. Un certain nombre de risques du BOT relève, comme sus-analysé, de la catégorie de risques généraux ou risques-pays (stabilité politique, qualité du système institutionnel et juridique, stabilité économique et adhésion des populations au projet). De tels risques peuvent se matérialiser à différentes phases du projet et sont déterminants dans la décision des investisseurs d'entreprendre un projet dans un pays. Ils déterminent en effet le niveau de confiance de ceux-ci dans ledit pays. Par conséquent, une volonté politique forte et un environnement institutionnel et juridique approprié ont été identifiés et analysés comme des éléments catalyseurs des PPP (Cf. *supra* n^{os} 189 à 202 et *infra* n^{os} 1134 à 1147) et, par conséquent, de la mise en œuvre du BOT²²⁰⁹.

²²⁰³ Ibid. Les auteurs citent une étude réalisée en Chine (Huang, 1995) qui démontre que 17 BOT sur 21 dans le secteur du transport ont reçu différents types de soutien du partenaire public. Un tel soutien serait encore plus fort dans le secteur de l'énergie.

²²⁰⁴ Pour Dailami et Klein, "(...) *providing guarantees imposes costs on taxpayers in the future. For this reason alone governments should develop ways of quantifying all their exposures to private infrastructure projects and reserving for them fiscally*": M. Dailami et Michael U. Klein, « Government support to private infrastructure projects in emerging markets », World Bank Policy Research Working Paper n° 1868, January 1998, available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=614977>, p. 20.

²²⁰⁵ Une contrepartie aux garanties publiques serait de prévoir, dans le contrat de concession, des clauses de partage de bénéfices lorsque ceux-ci atteignent un certain niveau, ce qui permettrait ainsi de sauvegarder l'intérêt national : Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 65.

²²⁰⁶ Pour certains auteurs en effet, "*Recent transactions have shown that even countries with subinvestment grade ratings can attract sizable private investment without special government guarantees if sound sector policies are made credible*": M. Dailami et Michael U. Klein, « Government support to private infrastructure projects in emerging markets », op. cit., p. 16.

²²⁰⁷ S. Ye and R.K.L. Tiong, "Government support and risk-return trade-off in China's BOT power projects", op. cit., p. 414.

²²⁰⁸ Cf. Kris R. Nielsen, « Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects », op. cit., p. 197.

²²⁰⁹ Cf. en ce sens Y. Xenidis and D. Angelides "The legal risks in Build-Operate-Transfer projects", op. cit. p. 275-276; *adde*: B. Li, A. Akintoye, P.J. Edwards, and C. Hardcastle, "Critical success factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry", in Construction Management and Economics, 23, June 2005, p. 465.

865. Selon une étude, les obstacles de nature politique constituent, pour une part importante, un frein à la mise en œuvre de projets BOT²²¹⁰. Les auteurs de cette étude constatent, sur la foi des opinions de citoyens et d'acteurs politiques, que les citoyens craignent généralement que leur gouvernement et les promoteurs de projets s'entendent à leur détriment dans des projets dont l'utilité pourrait paraître discutable²²¹¹. Il en résulte qu'une double action doit être entreprise à l'effet de convaincre et de justifier de l'utilité d'un projet BOT. D'un côté, des dirigeants politiques responsables – qui sont par ailleurs susceptibles de solliciter le suffrage de leurs citoyens – devraient prendre en compte les inquiétudes de ceux-ci et éviter des procédés de réalisation de projets susceptibles d'être mal compris ou controversés. D'un autre côté, il appartient également aux promoteurs du projet de prendre sérieusement en compte la culture locale et notamment les systèmes de valeurs, l'éthique ou les coutumes locales, toutes choses pouvant générer des risques non négligeables pour le projet²²¹². Deux conséquences peuvent être tirées de ce qui précède : d'une part, une attitude politique positive vis-à-vis des partenaires privés impliqués dans les projets publics constitue un facteur de développement de tels projets et surtout, d'autre part, l'adhésion des populations à cette participation privée est un paramètre incontournable du succès des PPP²²¹³.

866. Plus généralement, l'établissement d'un cadre juridique et réglementaire ainsi que d'un environnement politique et institutionnel favorable constituent un pilier crucial pour une participation durable du secteur privé à la réalisation d'infrastructures urbaines²²¹⁴. On relève ainsi qu'un des risques les plus craints est celui de la non-exécution du contrat par le partenaire public dont l'attitude pourrait se traduire soit par l'opportunisme, soit par l'agrément de nouveaux partenaires dans un projet en cours, soit encore par un refus de renégociation²²¹⁵. Le BOT semble par conséquent lancer un défi à l'aptitude du secteur public à exécuter le contrat dans les termes convenus d'autant plus que la possibilité de laisser le marché dicter les conditions d'accès et les tarifs d'utilisation d'une infrastructure peut conduire à des retournements politiques redoutables en cours d'exploitation du projet²²¹⁶. Par ailleurs, outre un cadre et des mécanismes de règlements de litiges fiables, le cadre légal et réglementaire doit permettre une structuration aisée du projet en offrant un choix de véhicules suffisamment large pour rencontrer la créativité et l'ingénierie des promoteurs²²¹⁷.

²²¹⁰ Cf. A.M. Algarni, D. Ardit et G. Polat, "Build-Operate-Transfer infrastructure projects in the United States", op. cit., p. 732.

²²¹¹ Ibid.

²²¹² Y. Xenidis et D. Angelides "The legal risks in Build-Operate-Transfer projects", op. cit., p. 276 où ces auteurs précisent : "Such contexts must be considered thoroughly by BOT project developers to earn the trust of the individuals involved and the general public, in order to ensure close and fruitful collaboration with local staff and labor and to avoid public opposition in environmental or social issues".

²²¹³ Ibid. ainsi que toutes les références à Frillet, Li et Qiao citées. Ces auteurs citent par ailleurs à titre d'illustration le projet « Dulles Greenway » en Virginie (USA) pour la réalisation duquel une campagne de relation publique avait dû être effectuée, en raison de l'opposition d'une partie des résidents proches du site du projet. Cette campagne visait, selon les auteurs, à obtenir plus de coopération de la part des résidents avant le début des constructions (« gain more cooperation from residents before the construction process »).

²²¹⁴ E. Bennet, "Public-private co-operation in the delivery of urban infrastructure services (water and waste)", UNDP/Yale Collaborative Program, UNDP, New York, 1998 et B. Li, A. Akintoye, P.J. Edwards, et C. Hardcastle, "Critical success factors for PPP/PFI projects in the UK construction industry", op. cit., cités par A. M. Algarni, D. Ardit et G. Polat, "Build-Operate-Transfer infrastructure projects in the United States", op. cit., p. 733.

²²¹⁵ Cf. en ce sens Rommel C. Gavieta, "How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: The Philippine experience", in The Journal of Structured Finance, Spring 2006, p. 91 ainsi que la référence à Rose-Ackerman et Rossi citée.

²²¹⁶ Ibid. Pour l'auteur de tels retournements politiques ont constitué un frein important à des investissements en Asie du Sud-Est, particulièrement aux Philippines.

²²¹⁷ En ce sens Cf. M.M. Kumaraswamy et X.Q. Zhang, «Governmental role in BOT-led infrastructure development », op. cit., p. 198.

867. L'absence d'un cadre légal et réglementaire adéquat est également porteuse de fléaux néfastes tels la corruption ou le népotisme. En même temps, une sur-réglementation ne saurait créer des conditions favorables au développement de projets BOT. Dans ces deux cas, les exigences élémentaires pour la mise en œuvre du BOT – autonomie, « contrôlabilité », transparence et prévisibilité – peuvent s'avérer difficiles à réaliser²²¹⁸. En effet, l'implication active du partenaire public dans les négociations du projet BOT doit conduire ce dernier à en assurer la transparence vis-à-vis des différents acteurs économiques et sociaux et, plus généralement, vis-à-vis de ses populations. A l'analyse, une telle transparence constitue la meilleure garantie, sur les plans politique et social, que le partenaire public puisse apporter à un projet BOT aux fins d'en assurer le succès.

868. Les risques politiques semblent par conséquent pouvoir être significativement réduits par une combinaison entre le soutien de l'Etat hôte, les garanties du partenaire public, des clauses contractuelles précises ainsi que l'appui des assureurs, toutes choses qui permettraient aux promoteurs du projet d'obtenir un financement du projet à des conditions favorables²²¹⁹. A côté des garanties de nature politique, juridique et sociale, interviennent celles le plus souvent recherchées par les promoteurs du projet soit les garanties de nature économique et financière. Ces dernières, tout comme les garanties de nature politique et sociale, doivent être entourées d'une transparence sans faille.

II- Les garanties de nature économique, financière et technique

869. Les garanties de nature économique et financière correspondent en général à une très large palette de mesures touchant aussi bien à la stabilité économique, à lutte contre l'inflation, qu'aux risques de convertibilité et de transfert des revenus²²²⁰. Toutes ces mesures peuvent être regroupées en deux grandes catégories à savoir les garanties de nature économique ou relatives à l'environnement économique (A) ainsi que les garanties de nature financière et technique (B).

A- Les garanties de nature économique ou relatives à l'environnement économique

870. Les garanties de nature économique ou relatives à l'environnement économique peuvent être nombreuses et surtout concerner les questions monétaires ou de disponibilité telles le libre transfert et la libre convertibilité des revenus du projet (1) ou encore la sécurisation des approvisionnements ou des ventes/achats à long terme (2). Ainsi par exemple, dans un BOT de centrale électrique à Karachi au Pakistan, l'Etat pakistanais avait-il décidé de garantir, d'une part, le retour sur investissement en fonds propres contre toute dépréciation monétaire et, d'autre part, tout sous-paiement de la part des opérateurs locaux d'énergie²²²¹.

1- Les garanties monétaires : libre convertibilité et transfert de devises et revenus

871. Dans les pays en développement notamment, la plupart des prêts accordés pour la mise en œuvre de projets BOT se fait en devises étrangères, ce qui implique parallèlement un remboursement en monnaies étrangères. Or, lorsqu'il s'agit de projets d'infrastructure, une

²²¹⁸ Rommel C. Gavieta, "How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: The Philippine experience", op. cit., p. 91.

²²¹⁹ Cf. en ce sens J. E. Schaufelberger and Isr Wipadapisut, "Alternate financing strategies for Build-Operate-Transfer projects", op. cit., p. 211.

²²²⁰ Pour une liste de telles mesures Cf. M.M. Kumaraswamy and X.Q. Zhang, «Governmental role in BOT-led infrastructure development », op. cit., p. 199-200.

²²²¹ A ce sujet Cf. M.M. Kumaraswamy and X.Q. Zhang, «Governmental role in BOT-led infrastructure development », op. cit., p. 200.

difficulté naît du fait que les revenus générés sont en monnaie locale. Par conséquent, la liberté de transfert et de convertibilité des revenus et devises doit être garantie par l'Etat hôte ou sa banque centrale, de sorte que les partenaires du projet puissent opérer des transferts de revenus y compris la distribution de dividendes générés par le projet²²²². Ainsi par exemple, dans le BOT « Shanghai Dachang Water Plant » en Chine, la société du projet avait conclu une convention qualifiée de « Best Endeavors Cooperative Agreement » avec la Banque centrale chinoise (« People's Bank of China ») aux termes de laquelle elle avait accès aux plateformes chinoises de traitement et de transfert de devises (le « Shanghai Foreign Exchange Swap Centre » et le « China Foreign Exchange Trade System »), ce qui lui permit de réduire les risques de convertibilité et de transferts de devises²²²³. D'autres préoccupations naissent cependant au sujet de la pérennité des approvisionnements ou de la vente des produits ou services du projet.

2- Les garanties d'approvisionnement ou d'achat/vente à long terme – Renvoi

872. Les garanties d'approvisionnement, notamment en matières premières, ou de vente des produits/services du projet à long terme constituent souvent des paramètres déterminants quant la mise en œuvre du projet BOT. De telles garanties peuvent se réaliser par le biais d'une série de contrats de long terme (« offtake agreements »...). Le partenaire public peut par exemple ainsi s'engager à réserver des capacités, notamment dans le domaine des transports publics, ce qui fut le cas dans le projet Eurotunnel²²²⁴. Ces contrats à long terme feront l'objet d'une étude détaillée dans le chapitre 2 ci-dessous²²²⁵. Les garanties de nature économique se trouvent souvent complétées par des garanties nature financière et technique.

B- Les garanties de nature financière et technique

873. Dans la mise en œuvre de projets BOT, le partenaire public garde dans la plupart des cas une influence financière significative²²²⁶. Dans les hypothèses où celui-ci n'est pas impliqué, il semble très difficile de réaliser un bouclage financier satisfaisant du projet²²²⁷. Les garanties de nature financière peuvent être illustrées par le soutien apporté au projet chinois « Shajiao B Power plant » par l'Etat chinois. Il s'agissait d'une *joint-venture* à 50-50 avec la société Hopewell (informations initiales en 1988)²²²⁸ dans laquelle l'Etat chinois, à défaut de pouvoir apporter une contribution élevée en fonds propres et en vue de les maintenir à un niveau bas, a opté pour l'apport de garanties financières susceptibles de renforcer les capacités en cash flow

²²²² En ce sens, Cf. R. L. K. Tiong, « BOT projects: risks and securities », in Construction Management and Economics op. cit., p. 323.

²²²³ Cf. C. Chen and John I. Messner, « An investigation of Chinese BOT projects in water supply: a comparative perspective », op. cit., p. 918.

²²²⁴ Cf. en ce sens P. Lignières et M. Ben Slama, « Octroi des concessions : risques juridiques du montage financier », op. cit., p. 35.

²²²⁵ En relation avec ce type de contrats, un Etat peut directement garantir le projet contre la défaillance éventuelle d'une entité publique, preneuse ou acheteuse des produits/services du projet, notamment en matière d'infrastructure : Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 69 ; *adde* : M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., « The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries » op. cit. p. 24 ; UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 64 ; M. Dailami et Michael U. Klein, « Government support to private infrastructure projects in emerging markets », op. cit., p. 9.

²²²⁶ A. Lecrivain, « The financial approach », in J.-Y. Perrot and G. Chatelus (eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit. p. 114: « The public authority thereby plays a **determinant** role in setting up the project's financial packaging. (...) this involvement can be entirely justified and may take on extremely **varied forms**, all of which are admissible for financial institutions » (c'est l'auteur qui souligne).

²²²⁷ Cf. Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis, *Case studies on Build Operate and Transfer*, (edited by R. Huijbregts), op. cit., p. 19.

²²²⁸ Cf. R.L.K. Tiong, « Competitive advantage of equity in BOT tender », op. cit., p. 286.

du projet²²²⁹. De telles garanties financières sont de plusieurs ordres dont principalement, d'une part, les prêts « stand-by », les garanties partielles du prêt, garanties de taux d'intérêt ou de change et autres garanties techniques (1) et, d'autre part, les subventions et garanties informelles (2).

1- Les prêts « stand-by », les garanties partielles du prêt, les garanties de taux d'intérêt et/ou de change et autres garanties techniques

874. L'usage des instruments de couverture de risques financiers étudiés précédemment (Cf. *supra* n^{os} 848 à 857) demeure limité dans les pays en développement et sont même totalement inexistant dans d'autres. Par conséquent, le partenaire public à une opération de BOT peut décider d'apporter des garanties en ce qui concerne les taux d'intérêt ou de change. En effet, si le risque de change est relativement mineur dans un projet dont les produits vont à l'exportation, il est par contre d'ampleur dans les projets d'infrastructure²²³⁰. A titre d'illustration, dans un projet BOT relatif à une autoroute d'environ 850 Km reliant le Nord au Sud de la Malaisie, l'Etat Malaisien avait garanti au concessionnaire non seulement des recettes complémentaires en cas de baisse de trafic, mais également le remboursement de pertes dues aux taux de change et d'intérêt²²³¹. Une telle garantie paraît en théorie plus intéressante en termes de coût.

875. Il peut s'avérer par ailleurs nécessaire, dans les hypothèses de projet à forte utilité sociale notamment, de diminuer le montant du prêt « sans recours » et de demander au partenaire public intéressé de garantir les prêts qui sont nécessaires pour couvrir les besoins complémentaires de financement. On estime dans ce cas que, sous réserve de ce que les études de faisabilité du projet aient été sérieusement menées, le partenaire public garant ne court qu'un risque limité dans la mesure où le prêt garanti est censé être remboursé dans sa totalité par les revenus nets du projet²²³². Sur le plan juridique, l'engagement du partenaire public prendra la forme, soit d'un cautionnement, soit d'une garantie à première demande²²³³. Le partenaire public peut également consentir des prêts « stand-by » pour une certaine période. Dans ce cas, ce type de prêt n'est « appelé » (« called ») pour servir à rembourser les prêts « senior » que lorsque le niveau de revenus du projet tombe en dessous d'un certain seuil²²³⁴.

876. D'un autre côté, le partenaire public peut apporter des garanties dites techniques et qui consistent à couvrir un risque déterminé. Ce peut être la garantie technique d'achèvement, laquelle permet de couvrir le dépassement de coûts ou encore la garantie partielle d'utilisation

²²²⁹ Ibid. L'auteur en tire comme conclusions (p. 288) que : *“It is therefore entirely conceivable to have a BOT project without any substantial true equity, but rather with various levels of senior and subordinated debt (...) especially if the project economics are robust and/or the government support is strong”*.

²²³⁰ M. Dailami et Michael U. Klein, « Government support to private infrastructure projects in emerging markets », op. cit., p. 6.

²²³¹ Cf. à ce propos M.M. Kumaraswamy and X.Q. Zhang, « Governmental role in BOT-led infrastructure development », op. cit., p. 200.

²²³² Cf. Y. H. de Mahenge, « Le financement privé des services publics. Aspects juridiques », in Banque et Droit, jan/fév. 1990, p. 64-65 où l'auteur précise que l'idée en l'espèce est que les banques doivent être remboursées en priorité sur les revenus du projet et que, dès lors, le partenaire public prend en charge la marge de sécurité exigée par les prêteurs pour le cas où les revenus du projet se révéleraient insuffisants pour couvrir la totalité des emprunts.

²²³³ Sur les garanties à première demande en général Cf. A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, Paris, Litec, 1994. L'auteur précise que l'émission d'une garantie à première demande suppose une grande confiance des parties dans l'honnêteté et la loyauté de leurs partenaires contractuels (p. 167, n° 319). Par ailleurs, tandis qu'elle assure à son bénéficiaire une parfaite sécurité, elle permet également de maintenir un certain équilibre entre les risques assumés par les divers partenaires contractuels (V. p. V (introduction)).

²²³⁴ Pour des exemples de projets ayant eu recours à ce mécanisme : Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 65.

du projet (utilisation d'une infrastructure portuaire ou aéroportuaire) voire un engagement de non-concurrence²²³⁵. Dans cette dernière hypothèse, alors même que le modèle *project financing* est censé favoriser la concurrence (Cf. *supra* n°s 603 et *infra* n°s 1148 et s.), il peut paraître contradictoire de rechercher un engagement de non-concurrence c'est-à-dire clairement un monopole auprès du partenaire étatique. Toutefois, certains projets BOT (d'infrastructures notamment) ne peuvent se concevoir qu'en fonction de l'existence ou non de projets concurrents ou de l'ampleur d'une telle concurrence pendant la durée de la concession²²³⁶. L'Etat hôte doit cependant établir une rigoureuse balance entre le désir des promoteurs du projet d'obtenir un engagement de non-concurrence et l'intérêt – non moins important – du pays à développer ses infrastructures dans la mesure où un projet de BOT ne peut constituer une occasion de créer un monopole potentiellement préjudiciable à ses citoyens et encore moins un obstacle au développement d'un secteur d'activités dans le pays²²³⁷. Cette même pondération est requise en ce qui concerne d'éventuelles subventions et garanties informelles du projet.

2- Les subventions et garanties informelles

877. Le partenaire public peut décider d'un soutien au projet sous forme de subventions. De telles subventions, en principe d'investissement, peuvent être octroyées sous différentes modalités : elles peuvent être versées en complément de prix, elles peuvent être versées directement aux usagers ou encore être croisées (Cf. *supra* n° 741). Pour certains auteurs, la subvention peut s'expliquer par deux raisons : d'une part, le partenaire public pourrait ainsi souhaiter garder un droit de regard sur l'exploitation d'une infrastructure d'intérêt collectif et, d'autre part, il pourrait être contraint de subventionner le projet pour le rendre attractif vis-à-vis des partenaires privés²²³⁸ notamment lorsqu'il est impossible pour la société du projet de fixer librement les prix ou tarifs de services/produits en raison d'une réglementation ou régulation des prix²²³⁹. Un projet reposant sur des subventions apparaît toutefois fragile. En effet, de telles subventions peuvent être remises en cause avec le temps, outre qu'elles paraissent difficiles à gérer dans la mesure où elles requièrent un monitoring constant afin de vérifier les performances du projet et d'adapter les subventions en conséquence²²⁴⁰.

878. Le partenaire public peut également apporter son soutien à un projet BOT par le biais de garanties informelles. Ce peut être notamment le cas lorsqu'est en cause une entreprise publique ou une collectivité locale. De telles garanties consistent généralement en des « lettres de confort », des « side agreements », des « nonbinding tariff increases » et autres types d'engagements auxquels le partenaire public n'entend attacher qu'une valeur morale²²⁴¹.

²²³⁵ Y. H. de Mahenge, « Le financement privé des services publics. Aspects juridiques », op. cit., p. 64-65.

²²³⁶ C'est le cas par exemple de BOT autoroutiers à péage pour lesquels les promoteurs tiennent souvent à obtenir un engagement de non concurrence quant à la construction d'autres routes, avec ou sans péage, pendant la durée de la concession : Cf. M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries" op. cit., p. 24 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 65.

²²³⁷ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p.173 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 68 où L'UNIDO suggère qu'un engagement de non-concurrence ne soit pris que si et seulement si le projet peut satisfaire la demande de long-terme tout en fournissant la qualité du service exigée.

²²³⁸ Cf. en ce sens Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis, *Case studies on Build Operate and Transfer*, (edited by R. Huijbregts), op. cit., p. 20 ainsi que les exemples de projets cités.

²²³⁹ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 65.

²²⁴⁰ Ibid.

²²⁴¹ Cf. M. Dailami and Michael U. Klein, "Government support to private infrastructure projects in Emerging markets", op. cit., p. 8. Pour le Professeur Prüm, la protection promise aux bénéficiaires d'une « lettre de confort » se résume fréquemment en un simple engagement moral n'emportant aucune obligation juridique déterminée ou, du moins, en une vague obligation de moyens mais rarement en une obligation de résultat

Généralement, les garanties émanant du partenaire public sont dans une certaine mesure contrebalancées par celles offertes par les partenaires privés, ces dernières se substituant même dans certaines circonstances – c’est le cas des garanties d’achèvement évoquées précédemment – aux premières. Echange de bons procédés, ce « concours » de garantie traduit une coopération visant à inspirer la confiance entre partenaires au projet²²⁴².

Sous-section 2 : Les garanties émanant des partenaires privés

879. Sur le plan des principes, les promoteurs du projet doivent s’assurer de faire recours le moins possible aux garanties et autres incitations du partenaire public, de sorte que le projet soit largement autonome. Par ailleurs, ceux désireux de formuler des propositions de projets BOT doivent être disposés à prendre des risques calculés, être flexibles dans leur attitude et leur positionnement et faire en sorte que leurs propositions soient adaptables aux changements de circonstances et demandes du partenaire public²²⁴³.

880. Bien plus, le financement du BOT est d’abord et avant tout l’affaire des promoteurs du projet, le partenaire public ne devant intervenir financièrement que dans des cas limités²²⁴⁴. On cite ainsi par exemple le cas du Gouvernement de Hong Kong pour lequel la position de principe pour tout projet BOT est l’interdiction de toute garantie financière publique voire même souvent le refus d’apporter, de quelque manière que ce soit, une contribution en fonds propres²²⁴⁵. En conséquence, l’expérience, l’engagement et l’énergie des partenaires privés dans tous les aspects et à tous les stades du projet sont cruciaux pour le succès de celui-ci²²⁴⁶. Ceux-ci devront concrètement, outre l’apport de fonds propres, faire la preuve de ces qualités par le biais de garanties tendant à cimenter la coopération entre partenaires. Dans le cadre d’une opération BOT, de nombreuses garanties sont généralement offertes par les partenaires privés. Deux garanties retiennent particulièrement l’attention et seront analysées en raison de leur importance dans la mise en œuvre de projets BOT : il s’agit de la garantie d’achèvement (ou « complexion guarantee ») (I) et de la garantie de disponibilité (II), cette dernière visant notamment à assurer la continuité du projet. Pour M. Kris Nielsen, ces deux sortes de garanties semblent être plus exigées dans les pays développés²²⁴⁷.

I- La garantie d’achèvement du projet (« complexion guarantee »)

881. La garantie d’achèvement du projet est essentielle non seulement pour le partenaire public, mais également pour les prêteurs²²⁴⁸. Pour le Professeur Prüm en effet, les hypothèques et nantissements pris notamment en matière de financements de projets tendent à être complétés par des garanties personnelles d’achèvement, lesquelles apportent aux prêteurs une plus

constitutive d’une authentique garantie : A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l’autonomie*, op. cit. p. IV (Introduction).

²²⁴² A titre d’illustration, l’émission d’une garantie à première demande est considérée comme supposant une grande confiance des parties dans l’honnêteté et la loyauté de leurs partenaires contractuels : Cf. A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l’autonomie*, op. cit., p. 167, n° 319.

²²⁴³ Cf. A.M. Algarni, D. Ardit et G. Polat, “Build-Operate-Transfer infrastructure projects in the United States”, op. cit., p. 733 ainsi que la référence à Tiong citée.

²²⁴⁴ Ibid. où ces auteurs relèvent que : “Three of major challenges facing project sponsors include accurately estimating project costs, accurately projecting revenues to be generated during the concession period, and selecting the most appropriate financing strategies”.

²²⁴⁵ Cf. en ce sens R. L.K. Tiong, « Risks and guarantees in BOT tender », op. cit., p. 184.

²²⁴⁶ En ce sens Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 64.

²²⁴⁷ Cf. Kris R. Nielsen, « Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects », op. cit., p. 197.

²²⁴⁸ Elle permettrait également aux promoteurs d’éviter que les prêteurs conduisent une « due diligence » longue et coûteuse par rapport à la phase de construction du projet : Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 244.

grande sécurité que les sûretés sur les biens²²⁴⁹. Prêteurs et partenaire public vont généralement s'assurer que les promoteurs délivrent à leur profit, généralement par le biais des constructeurs, une garantie technique d'achèvement (« performance bond »)²²⁵⁰. Une telle garantie se justifie en raison du niveau particulièrement élevé de risque avant l'achèvement du projet²²⁵¹. Un tel risque paraît en effet difficile, à certains égards, à évaluer ou à contrôler par les prêteurs et le partenaire public. Dans certains projets, cette garantie prendra la forme d'une garantie partielle du prêt, consistant à garantir une partie du prêt (couvrant généralement la période de construction) en principal et intérêts de sorte à réduire le niveau d'exposition des prêteurs, lesquels n'échappent cependant pas à un risque résiduel²²⁵².

882. Quelle que soit toutefois la modalité de garantie retenue, la définition de l'« achèvement » doit être des plus précises et prendre par exemple en compte les infrastructures ou équipements associés²²⁵³ (Cf. *supra* n° 642 sur les risques liés aux infrastructures ou équipements associés). La définition de l'« achèvement » aura par ailleurs un impact significatif sur le niveau de risques à la charge des constructeurs, ceux-ci étant en première ligne de la construction du projet²²⁵⁴. Il s'impose en outre que le test d'achèvement de la construction, qui libère le garant de l'achèvement, soit déterminé avec la plus grande précision possible. A cet effet, il est suggéré la prise en compte d'un certain nombre d'éléments²²⁵⁵ et par exemple : (i) que l'état des constructions soit certifié par un ingénieur indépendant ; ou (ii) qu'un seuil minimum de production ait été atteint pendant une certaine période ; ou encore (iii) que le test du ratio de couverture soit satisfaisant ; ou enfin (iv) que toutes les obligations de garanties légales soient en place et qu'aucun défaut n'ait été constaté.

883. Les garanties d'achèvement suscitent néanmoins une certaine difficulté. En effet, elles consistent en principe dans l'exécution d'une obligation « de faire » – c'est-à-dire effectuer les travaux ou les faire effectuer par un tiers –, alors que les prêteurs exigent aussi que le garant s'engage à payer une somme d'argent correspondant au capital et aux intérêts qu'ils auraient reçus si les travaux avaient été exécutés conformément aux stipulations contractuelles²²⁵⁶. Pour le Professeur Prüm par exemple, les « performance bonds », garanties inconditionnelles émises aux Etats-Unis et au Canada par les compagnies d'assurance ainsi que celles souscrites par les banques anglaises, sont des « contracts of indemnity » dont l'autonomie est parfois remise en cause en raison de leur objet particulier, lequel consiste principalement en une

²²⁴⁹ A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit., p. IV (Introduction).

²²⁵⁰ Pour Augenblick et Scott Custer Jr, “The risk that the project will be completed on time and for the price stated is normally covered by a fixed price, firm date, turnkey construction contract with stipulated liquidated damages, often supplemented by performance bonds”: Cf. M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., “The Build, Operate, and Transfer (“BOT”) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries” op. cit., p. 25; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 179 où l'auteur précise: “Performance or completion bonds must be carefully reviewed to determine the exact construction risks covered”.

²²⁵¹ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 41.

²²⁵² Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 67. Il est précisé que la garantie partielle peut revêtir plusieurs formes et être adaptée à de nombreuses situations.

²²⁵³ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 244; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 177-178 où l'auteur distingue trois niveaux d'achèvement: (i) mechanical completion, (ii) substantial completion et (iii) final completion.

²²⁵⁴ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 92.

²²⁵⁵ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 41-42; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 130-131; Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 177-178.

²²⁵⁶ Cf. Y. H. de Mahenge, « Le financement privé des services publics. Aspects juridiques », op. cit., p. 63 (soulignement de l'auteur dans le texte).

indemnisation en nature²²⁵⁷. Dans la réalité toutefois, la garantie d'achèvement permet le paiement d'une compensation financière au cas où l'obligation (de « faire ») n'était pas exécutée²²⁵⁸. C'est notamment le cas en droit anglais où la non-exécution de la garantie d'achèvement se résout généralement en dommages et intérêts et non pas en une exécution en nature dans la mesure où les juridictions anglaises ne peuvent superviser l'application d'une telle sanction²²⁵⁹.

884. A l'analyse, l'efficacité de la garantie d'achèvement exige qu'elle comporte deux aspects : d'une part, qu'elle soit conçue comme un mécanisme « compensatoire » – c'est-à-dire que les pertes dues au non achèvement à la date déterminée par les parties doivent être compensées sans que besoin soit de rechercher une faute, les cas de force majeure étant exclus – et, d'autre part, qu'elle soit accompagnée d'une convention visant à faire couvrir le surcoût de la réalisation du projet²²⁶⁰. La construction du projet ou la réussite des tests d'achèvement ne constitue cependant pas une fin en soi. Encore faut-il que les performances et qualités promises soient maintenues tout au long de l'exploitation du projet – ce d'autant plus que le partenaire public est généralement tenu d'assurer la continuité de l'opération – d'où la nécessité, pour les partenaires privés, de fournir une garantie de disponibilité.

II- La garantie de disponibilité (performance/qualité) : assurer la continuité – Renvoi

885. La garantie de disponibilité se traduit essentiellement soit par une garantie de performance (ou de capacité) soit par une garantie de qualité soit encore des deux. Elle suppose concrètement que les partenaires privés s'engagent à faire recours le moins possible aux garanties du partenaire public afin de faire marcher le projet, mais surtout qu'ils offrent un certain nombre de garanties réelles visant à en assurer la continuité. Selon MM. Augenblick et Scott Custer Jr., *“The risk that the project will not perform as expected will be covered by warranties from the consortium of construction contractors and equipment suppliers and by performance guarantees in an operating and maintenance contract”*²²⁶¹. Tous ces contrats seront étudiés en détails dans le chapitre 2 suivant auquel il est fait renvoi. En pratique, il s'agira des garanties usuelles²²⁶² telles la garantie décennale qui s'impose, dans certains systèmes juridiques, à l'entrepreneur. En fin de compte, l'ensemble des garanties sus-analysées, soit qu'elles émanent du partenaire public, soit qu'elles émanent des partenaires privés, sont à leur tour appuyées et s'adossent sur des sûretés qui viennent renforcer la coopération entre partenaires au projet.

²²⁵⁷ A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit. p. X (Introduction) ainsi que toutes les références citées par l'auteur. L'auteur précise que le « contract of indemnity » équivaut à un engagement autonome qui comporte l'obligation de tenir son bénéficiaire indemne d'un certain risque ou dommage.

²²⁵⁸ En ce sens Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 15.

²²⁵⁹ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 41.

²²⁶⁰ Ibid., p. 42.

²²⁶¹ M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., “The Build, Operate, and Transfer (“BOT”) Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries” op. cit., p. 26.

²²⁶² La distinction paraît plus nette dans la langue anglaise car comme le souligne un auteur, *“Whereas a guarantee addresses the ability of the project when new, a warranty is designed to provide protection against defects in design, workmanship, and components over a negotiated period. The contractor typically provides several warranties to the project company”*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 180.

SECTION IV : LES SÛRETÉS ACCOMPAGNANT LE CONTRAT DE BOT: MOYEN DE CONSOLIDATION DE LA COOPÉRATION

886. A côté des garanties qui constituent le ciment de la coopération, les sûretés qui accompagnent la réalisation de projets BOT sont un moyen de consolider ladite coopération entre partenaires. De telles sûretés visent essentiellement à protéger leurs titulaires – les prêteurs notamment – contre d’autres créanciers du projet en leur permettant principalement, soit de se défendre contre ces derniers, soit de s’assurer le contrôle du projet en cas de difficultés de sorte à en impulser éventuellement la continuité²²⁶³. Ces sûretés sont essentiellement de deux ordres : les sûretés dites négatives ou défensives (sous-section 1) et les sûretés qu’il convient de qualifier de pratiques ou opérationnelles (sous-section 2). Avant d’examiner plus avant ces sûretés, il s’impose d’indiquer que leur efficacité dépend essentiellement du système juridique du pays hôte – *lex rei sitae* même si la loi d’autonomie peut avoir quelque rôle – et sera dès lors fonction du traitement que réserve ce système à chacune des sûretés déployées dans le cadre d’un projet donné²²⁶⁴.

Sous-section 1 : Les sûretés défensives

887. Les sûretés d’un projet BOT s’avèrent principalement défensives de sorte que l’on a pu affirmer que: “*Project security is often primarily defensive, a shield not a sword, because normal enforcement realisation may be unrealistic*”²²⁶⁵. En effet, si le but classique d’une sûreté est de permettre au créancier, en cas de défaillance du débiteur, de réaliser l’objet de ladite sûreté et de se payer sur le prix de cette réalisation, cette vision « offensive » des sûretés s’applique difficilement dans le cadre d’une opération de BOT²²⁶⁶. En réalité, une telle vision ne peut coïncider avec la réalité que si l’objet de la sûreté, d’une part, peut être valorisé par le marché puis vendu et, d’autre part, lorsque le créancier peut effectivement et librement réaliser cette sûreté. Si ces conditions peuvent parfois se trouver réunies dans le cadre de certaines opérations de BOT – notamment celles portant sur la réalisation de grands projets immobiliers – elles ne le sont bien souvent qu’exceptionnellement.

888. En pratique, le marché de vente des biens d’un projet BOT est très limité – il peut être difficile par exemple de trouver preneur pour une centrale électrique dans un pays en développement – tandis que la valorisation de tels biens est elle-même aléatoire (surtout si le projet n’a pas été achevé), outre le fait que l’autorisation d’un tiers – généralement le partenaire public – est requise pour toute réalisation²²⁶⁷. Par conséquent, les sûretés classiques pourront tout au plus constituer, pour leurs titulaires, des « sûretés négatives » c’est-à-dire un moyen de garantir que les biens affectés au projet ne seront pas cédés à des tiers ou mis en vente au profit d’autres créanciers. De telles sûretés portent à titre principal sur les biens (I) mais également sur certains actifs (II) du projet.

²²⁶³ Cf. en ce sens Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 83.

²²⁶⁴ Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 89 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 47 où il est indiqué que l’impossibilité ou la difficulté de constituer ou de réaliser des sûretés opérationnelles dans un pays est susceptible de décourager les prêteurs.

²²⁶⁵ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 83 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 364.

²²⁶⁶ Dans le cadre du projet Eurotunnel par exemple on soulignait précisément que : “*Eurotunnel, the concessionaire, cannot use its assets to provide an adequate guarantee : the whole infrastructure and transport system are covered by the concession and ultimately belong to the State*”: Cf. J. Naslin, “A completely new legal experience” in IBL, January, 1996, p. 9.

²²⁶⁷ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 248.

I- La défense à titre principal des biens du BOT

889. La nature des biens du BOT varie en fonction du projet en cause. Ces biens comprendront très souvent des terrains, des immeubles et autres infrastructures ou matériels et outillages de toutes sortes. De tels biens peuvent permettre la constitution de sûretés classiques telles que l'hypothèque, le nantissement d'outillage/matériel ou de fonds de commerce. De telles sûretés – même lorsqu'elles seraient autorisées – s'avèrent cependant inadaptées dans le cadre d'une opération de BOT dans la mesure où c'est moins l'infrastructure ou les actifs physiques du projet que les recettes générées par celui-ci qui constituent aux yeux des prêteurs la base des garanties de remboursement des emprunts²²⁶⁸.

890. Par ailleurs, outre les contraintes du droit public classique en matière de propriété publique (Cf. *supra* n^{os} 338 et s.)²²⁶⁹, les actifs de projets BOT sont souvent physiquement attachés ou localisés à un site ou sont difficilement revendables sur le marché. En conséquence, c'est l'aspect « défensif » de telles sûretés qui est recherché en l'espèce par les prêteurs dans le but, d'une part, de s'assurer que des tiers i.e. d'autres créanciers ne puissent être tentés d'engager quelque action contre le projet et, d'autre part, si tel était le cas, que de tels créanciers soient primés sur le produit d'une éventuelle réalisation des biens²²⁷⁰. Une telle défense s'étend par ailleurs à certains autres actifs du projet.

II- La défense de certains actifs du BOT

891. Les sûretés défensives permettent également de protéger certains actifs du BOT. Il sera principalement fait recours à une cession de contrats (A) et à un gage de titres et/ou une limitation des pouvoirs de la société du projet (B).

A- Cession de certains contrats de l'opération BOT

892. Il a déjà été indiqué que le *project financing* est en substance une valorisation de contrats (Cf. *supra* n^o 541). Le BOT ne s'en démarque pas. Par conséquent, tous les contrats importants seront généralement – notamment dans un contexte anglo-saxon – cédés à titre de garantie aux prêteurs (« assignment of contract ») ou bien ceux-ci seront désignés bénéficiaires de leur exécution²²⁷¹. Une part importante des sûretés portant sur les actifs du projet comprend en effet le contrat de concession ou/et les autorisations, permis et licences,

²²⁶⁸ Dans certaines situations toutefois, de tels biens peuvent posséder une valeur intrinsèque non négligeable, de sorte à pouvoir être saisis et vendus en dehors de tout lien avec le projet en cause : Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 365.

²²⁶⁹ Sur l'influence du droit public sur la prise de sûretés en France, Cf. par exemple A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n^o 281-306. A propos du Vietnam, on relève par exemple que : “*In Vietnam, there is no private ownership of land. The land is owned by the people and administered exclusively by the state. Land use rights are therefore the maximum ownership interest that an individual or professional body may have in land, and such land use rights can be mortgaged. Decree 62 provides for a BOT company to mortgage land use rights in accordance with Vietnamese law*” : Cf. en ce sens T. Nhat Quang and D. Hoai Nam, “BOT project financing in Vietnam”, in *asialaw*, October 2003, p. 2-3 consultable (et consulté le 21.01.2011) sur : <http://www.asialaw.com/Article/1972430/BOT-Project-Financing-in-Vietnam>

²²⁷⁰ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 248.

²²⁷¹ Sur les difficultés et subtilités de cessions de contrat à titre de garantie en droit américain, Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 372-378. De telles cessions ne paraissent pas toujours évidentes dans de nombreux pays. Un auteur cite ainsi le cas de la France dont le droit ne connaîtrait pas la cession de contrat, fût-ce à titre de garantie, en tant que catégorie juridique déterminée : Cf. J. H. Riggs, « Innovations des financements de projet : Les acteurs sur le marché international et en France, et les modifications de l'environnement juridique », in *Banque et Droit* n^o 19, sept.-oct. 1991, p. 180.

contrats d'achat/vente ou approvisionnement²²⁷². Comme nous l'avons déjà rappelé, il faut toutefois vérifier, au regard de la loi locale, la possibilité d'attacher des sûretés à de tels actifs et l'efficacité subséquente de ces sûretés²²⁷³. Ainsi par exemple, il semble qu'en droit public français, malgré un régime de cession sévère qui impose en principe l'approbation du cessionnaire d'un contrat public, la jurisprudence serait plus libérale dans l'application de ce régime²²⁷⁴. Dans le projet ivoirien de production indépendante adossé à une concession gazière (projet FOXTROT), on relève ainsi que l'exclusivité des opérations gazières est accordée au titulaire en considération de sa personne et des dispositions figurant à la convention de coopération conclue entre les promoteurs du projet : « *La convention revêt ainsi un fort caractère personnel, le titulaire ne pouvant céder en tout ou partie ses obligations, ou exercer une subrogation au profit d'un tiers, sans l'accord préalable de l'Etat* »²²⁷⁵.

893. En pratique, c'est surtout en vue d'obtenir tous droits et se faire payer toutes indemnités éventuelles²²⁷⁶ que les prêteurs voudront obtenir cession de tous contrats nécessaires à l'exécution du projet²²⁷⁷. Ils veilleront ainsi par exemple, non seulement à ce que toutes assurances adéquates soient prises relativement au projet mais, également à se faire céder ou désigner bénéficiaires de toutes les polices d'assurances prises au nom et pour le compte de la société du projet de sorte que toute indemnité éventuelle puisse servir soit à restaurer le projet, soit au remboursement des dettes du projet²²⁷⁸.

894. Une cession de droits contractuels peut également se réaliser par le biais d'« accords directs » ou « direct agreements » (Cf. *infra* n^{os} 905 à 908). Ainsi relève-t-on que : “*Sometimes the direct agreement is used as a convenient document in which to place the undertakings between the relevant contractual counterparty and the banks. For example, the counterparty may have licensed the project company to use certain intellectual property rights. The direct agreement can extend that licence to the banks*”²²⁷⁹. Les actifs incorporels occupent en effet une place importante dans la mise en œuvre d'un projet BOT et font par conséquent l'objet de sûretés au profit des prêteurs. Il peut s'agir de droits ou de licences sur les technologies employées pour l'exploitation du projet²²⁸⁰. Au-delà de la cession de contrats,

²²⁷² En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 365.

²²⁷³ Sur la cession de contrats et les difficultés qu'elle soulève dans les pays de droit civil (Belgique et France notamment) Cf. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome III, p. 1897-1919 ; *adde* : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd. mise à jour, Paris, Thémis droit – PUF, Tome I, 2010, p. 536-543.

²²⁷⁴ En ce sens et pour une analyse de la cession des contrats publics en droit français, Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 408-414.

²²⁷⁵ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », in RDAI, n^o 7, 2000, p. 839.

²²⁷⁶ Pour Scott L. Hoffman en effet : “*Similarly, to the extent liquidated damage payments are negotiated in construction contracts or operating agreements, these payment rights are also part of the collateral granted to the lenders. (...) Any liquidated damage payments are payable directly to the lenders as part of the collateral arrangements*” : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 366.

²²⁷⁷ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 63.

²²⁷⁸ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 366. L'utilisation d'une éventuelle indemnité d'assurance pourrait cependant révéler un conflit d'intérêts entre partenaires. Ainsi, tandis que les prêteurs souhaitent généralement qu'une telle indemnité serve au remboursement de la dette, le partenaire public et les promoteurs du projet pourraient quant à eux souhaiter qu'elle serve à reconstruire ou réparer le projet : Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 92. Sur les difficultés de réaliser de telles cessions de polices d'assurance en droit français, Cf. A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n^o 245.

²²⁷⁹ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 277.

²²⁸⁰ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 365.

les prêteurs peuvent en outre exiger un gage à leur profit sur les titres de la société du projet ou une limitation des pouvoirs de cette dernière.

B- Gage sur les titres et limitation des pouvoirs de la société du projet

895. L'aspect défensif des sûretés peut également permettre qu'un gage soit constitué, au profit des prêteurs, sur les titres de la société du projet²²⁸¹. Ainsi par exemple, dans un projet de production indépendante d'énergie au Sri Lanka en 1996, l'IFC a-t-elle obtenu un gage sur les actions des promoteurs et des autres acteurs majeurs du projet²²⁸². Selon l'IFC en effet, le gage des titres de la société du projet est particulièrement important dans les hypothèses où d'autres sûretés consenties sur les actifs du projet paraissent insuffisantes ou lorsqu'il pèse une incertitude sur leur réalisation²²⁸³. En raison de sa constitution aisée, le gage une fois obtenu constitue un outil de négociation important aux mains des prêteurs et leur donne éventuellement la possibilité de prendre le contrôle de la société en cas de difficultés en vue de prendre des mesures pour sauvegarder leurs investissements²²⁸⁴. Le gage sur les titres de la société se rapproche ainsi de la « floating charge », sûreté de droit anglais communément utilisée dans le *project financing*, en raison du fait qu'elle porte sur l'ensemble du projet²²⁸⁵.

896. Par ailleurs, les prêteurs pourront exiger la restriction des pouvoirs de la société du projet²²⁸⁶, en imposant par exemple des limitations sur le paiement des dividendes aux apporteurs de fonds propres ou encore sur la possibilité d'étendre le projet ou de prendre de nouveaux engagements financiers²²⁸⁷. Une telle limitation isole et protège encore plus la société du projet contre toute difficulté émanant de l'un ou l'autre de ses actionnaires²²⁸⁸. Dans le projet Sri Lankais de production indépendante d'énergie précité, les prêteurs avaient, afin de s'assurer qu'aucune sûreté ne pourrait être constituée au profit de tiers sur les biens immobiliers du projet, obtenu que les statuts de la société du projet prévoient une décision des actionnaires à la majorité qualifiée si une sûreté devait être constituée sur de tels biens²²⁸⁹. A

²²⁸¹ Un tel gage constituerait en droit français un nantissement de compte d'instruments financiers: A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 249.

²²⁸² Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 62-63.

²²⁸³ Ibid. p. 65.

²²⁸⁴ Ibid. L'IFC souligne que le gage de titres à l'effet de renforcer les sûretés a concerné la moitié des projets réalisés avec son intervention (à la date d'avril 1999 moment de parution de son étude); *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 367-368 où l'auteur précise que: « *This management control provides the project lender with immediate ability to make decisions about a project at a time when the project sponsor may not be entirely cooperative* ». Toutefois, prendre le contrôle de la société du projet en réalisant le gage sur ses titres n'est pas une option aisée car, les prêteurs s'exposent beaucoup plus directement aux risques inhérents à la gestion courante: Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 249-250 où l'auteur précise que cette remarque s'applique également dans l'hypothèse où il est fait application du mécanisme de « golden share » (lequel permet, en substance, aux prêteurs de remplacer les dirigeants d'une société en cas de difficultés).

²²⁸⁵ Sur la « floating charge » dans le cadre du BOT et du « project financing », Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 249 et s.; Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 83 et s.; *adde*: A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 260-266.

²²⁸⁶ Sur la pratique des « voting trust », Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 368.

²²⁸⁷ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 59.

²²⁸⁸ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 86 où l'auteur indique: « *These include restrictions on the entity's powers to undertake activities other than the project; debt limitations; restrictions on mergers or reorganizations; and maintenance of separateness, for purposes of both avoiding "piercing the corporate veil" and "substantive consolidation" attacks* ».

²²⁸⁹ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 63 où l'IFC précise: « *This will allow the senior lenders, in their capacity as shareholders, to ensure that if they enforce the security, the fixed assets of the company remain available* ».

l'analyse, les sûretés visant à défendre certains actifs du projet BOT se rapprochent, à certains égards, de celles plus offensives ou opérationnelles.

Sous-section 2 : Les sûretés pratiques ou opérationnelles

897. Outre les difficultés sus-évoquées suscitées par les sûretés négatives, les sûretés pratiques ou opérationnelles tendent à pallier le constat selon lequel la complexité de certaines transactions, l'application de droits divergents, une certaine méfiance à l'égard des cocontractants étrangers, les problèmes d'exécution rencontrés en pays étrangers révéleraient avec une acuité particulière les faiblesses des sûretés classiques réelles ou personnelles²²⁹⁰. Cette catégorie de sûretés vise deux objectifs essentiels dans tout projet BOT à savoir, dans le cours de l'exploitation du projet, la sécurisation de cash flow et revenus du projet (I) et, en cas de difficultés ou de défaillance dans l'exploitation, la continuité du projet (II)

I- Sécurisation de cash flow et revenus du projet

898. Les sûretés opérationnelles visent tout d'abord à sécuriser au profit des prêteurs le cash flow et autres revenus du projet. Elles permettent de mettre en œuvre un certain nombre de mécanismes tels les « Escrow accounts » (B) et les cessions de cash flow et autres revenus du projet (A).

A- Les cessions de cash flow et autres revenus du projet

899. Les cessions de cash flow et autres revenus du projet se réalisent notamment par le biais de cessions de créances de la société du projet au profit des prêteurs²²⁹¹ ou encore par la délégation desdites créances aux prêteurs²²⁹². On estime en effet que les créances de l'entreprise constituent un gage apprécié des prêteurs et dont le développement s'est renforcé du fait qu'y sont incluses des créances futures de l'entreprise financée²²⁹³. Le BOT constitue une opération typique de cessions de créances futures – le cash flow n'étant autre chose qu'un ensemble de créances et revenus futurs – celles-ci étant en fin de compte la véritable richesse que puisse offrir la société du projet en garantie à ses prêteurs (Cf. *supra* n^{os} 889 à 890 pour les difficultés de l'apport en garantie des actifs immobiliers et mobiliers de la société du projet). De telles cessions permettent aux prêteurs de déterminer l'usage des fonds du projet, surtout en cas de difficultés²²⁹⁴. Elles peuvent notamment porter sur les créances dues au titre des « offtake agreements »²²⁹⁵ (Cf. *infra* n^{os} 994 et s.), auquel cas il est établi un compte séquestre dans lequel les acheteurs devront virer les sommes dues au titre desdits contrats²²⁹⁶.

²²⁹⁰ A. Prüm, *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, op. cit. p. IV (Introduction).

²²⁹¹ Sur les cessions de créances (futures) Cf. (1) en droit belge notamment P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome III, p. 1812-1878 et (2) en droit français notamment : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd. mise à jour, op. cit., p. 531-535 ; J. Stoufflet, « Les financements par cession de créances futures. Etude de droit français », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 849-860 ; adde : J. H. Riggs, « Innovations des financements de projet : Les acteurs sur le marché international et en France, et les modifications de l'environnement juridique », op. cit., p. 182-183 ; A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 229-236.

²²⁹² Cf. en ce sens A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 226-228. Pour d'amples développements sur la délégation Cf. en droit belge notamment P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome III, p. 1887-1893 et en droit français notamment M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd. mise à jour, op. cit., p. 549-557.

²²⁹³ J. Stoufflet, « Les financements par cession de créances futures. Etude de droit français », op. cit., p. 849.

²²⁹⁴ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 63. Toutefois, en fonction des législations des Etats-hôtes du projet, l'ouverture d'une procédure collective contre la société du projet est susceptible de compromettre l'efficacité d'une telle cession.

²²⁹⁵ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 63.

²²⁹⁶ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 365.

900. Une limite notable aux cessions de cash flow tient toutefois au fait qu'une telle sûreté dépend essentiellement de la capacité réelle et actuelle de production du projet, la source du cash flow étant presque exclusivement liée au fonctionnement effectif du projet²²⁹⁷. Comme le souligne un auteur en effet, la limite de la cessibilité elle-même se trouve non dans le degré d'aléa juridiquement acceptable mais dans le degré de risque que le cessionnaire qui est, en même temps un prêteur, accepte de prendre²²⁹⁸. Toujours est-il que la cession des créances et revenus de la société du projet s'accompagne généralement de l'ouverture de « comptes séquestre » (« escrow accounts » ou « offshore collateral accounts ») afin de recueillir et d'orienter l'usage desdits créances et revenus.

B- L'établissement d' « escrow accounts » ou de « offshore collateral accounts »

901. L' « escrow account » est un compte bancaire qui sert à collecter tout ou partie du cash flow du projet afin d'en assurer un usage conforme à la convention des parties. La gestion d'un tel compte, parfois ouvert à l'étranger (d'où le qualificatif d' « offshore »)²²⁹⁹, peut être confiée à un « trustee » indépendant²³⁰⁰. Dans le projet ivoirien FOXTROT précité, alors que le contrat de concession prévoyait l'ouverture d'un compte de garantie à l'agence locale de la Banque centrale de l'Afrique de l'ouest (BCEAO) et destiné à recueillir la part de rémunération de la société du projet (CENCI) affectée au service de sa dette, on relève que les bailleurs de fonds ont émis des réserves et souhaitaient l'ouverture d'un compte bancaire « offshore »²³⁰¹.

902. En pratique, l'usage d' « escrow accounts » a pour but non seulement de couvrir les risques de devises, mais également de s'assurer de l'exécution d'obligations contractuelles²³⁰². Ces comptes peuvent en particulier permettre le contrôle des dépenses du projet, notamment par le biais d' « accords de répartition » ou « disbursement agreements »²³⁰³. En effet, alors même que le projet générerait suffisamment de cash flow de sorte à permettre le remboursement des dettes, les promoteurs sont susceptibles d'en faire d'autres usages dans le cadre ou en dehors du projet. Par conséquent, pour s'assurer que le cash flow du projet sert principalement au remboursement des dettes et au paiement de dépenses du projet, expressément convenues, les prêteurs exigent généralement qu'un « escrow account » soit ouvert auprès d'une banque/institution financière réputée.

903. Afin de renforcer les sûretés du projet, un gage peut par ailleurs être constitué sur l' « escrow account » au profit des prêteurs²³⁰⁴. Pour certains auteurs, une sûreté prise sur un compte bancaire se traduit en droit français généralement en un nantissement de compte

²²⁹⁷ Ibid.

²²⁹⁸ J. Stoufflet, « Les financements par cession de créances futures. Etude de droit français », op. cit. p. 853. L'auteur précise que les revenus d'exploitation d'une entreprise sont cessibles et le seul fait que celle-ci existe ou soit en cours de constitution suffit à répondre à l'exigence d'identification des créances cédées.

²²⁹⁹ Pour M. Wood en effet, « *Ideally, all proceeds from the sale of the project product are paid into an external proceeds account (to insulate them from local rationing or diversion by the local central bank)* » : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 51 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 378.

²³⁰⁰ Cf. P. Benoît, *Project finance at The World Bank – an overview of policies and instruments*, op. cit., p. 18.

²³⁰¹ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », in RDAI, n° 7, 2000, p. 835. L'auteur précise que les règlements à partir de ce compte devaient être effectués selon l'ordre de priorité suivant : paiement des coûts d'exploitation, service de la dette et paiement des dividendes.

²³⁰² Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 63.

²³⁰³ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 368.

²³⁰⁴ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 64.

bancaire²³⁰⁵. Gage ou nantissement, l'utilisation d'une telle sûreté n'est cependant pas toujours possible dans tous les pays, en raison notamment de législations restrictives à cet égard²³⁰⁶. Il se pourrait alors qu'il soit plus intéressant pour les promoteurs du projet de s'assurer autrement le contrôle du projet, surtout en cas de difficultés.

II- Continuité du projet en cas de difficultés ou de défaillance : une illustration de l'esprit coopératif

904. Les sûretés opérationnelles visent la continuité du projet dans l'hypothèse de difficultés qu'éprouverait la société du projet. De telles sûretés se réalisent principalement par le biais de « conventions directes » ou (« direct agreements ») entre tous ou certains partenaires (A) ou, le cas échéant, par des clauses dites de substitution ou de « step in » (B). La constitution et l'efficacité de telles sûretés sont, comme pour les sûretés précédentes, essentiellement tributaires du droit de l'Etat d'accueil du projet²³⁰⁷.

A- Les « conventions directes » ou « direct agreements »

905. Les « direct agreements » sont des conventions conclues entre prêteurs, partenaire public (concédant) et certains partenaires du projet (constructeurs, opérateurs, fournisseurs/acheteurs) en vue notamment d'assurer la continuité du projet en cas de difficultés qu'éprouverait la société du projet²³⁰⁸. Selon M. Jeffrey Delmon en effet, *“Direct agreements may contain collateral warranties in favour of the lenders and the grantor and will set out step-in rights, notice requirements, cure periods and other issues intended to maintain the continuity of the project where the project company defaults and/or falls away”*²³⁰⁹.

906. En pratique, de telles conventions permettent d'éviter que l'un ou l'autre des partenaires précités enclenche toute procédure collective ou de redressement contre la société du projet en cas de difficultés. Les dispositions usuelles de telles conventions mettent par conséquent à la charge desdits partenaires un certain nombre d'obligations : d'une part, de notifier aux prêteurs toute défaillance de la société du projet quant à l'exécution de ses engagements et de respecter, avant toute action, un délai d'observation et, d'autre part, de s'engager à poursuivre le contrat si les prêteurs – auxquels un droit de substitution de la société défaillante est reconnu – acceptent de remédier à la défaillance critiquée et d'exécuter pour la suite les obligations de la société du projet²³¹⁰. Un tel régime de « step-in » comprendrait trois niveaux à savoir : les « cure rights », les « step-in rights » et la novation ou substitution²³¹¹.

²³⁰⁵ A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 237 ainsi que les références citées.

²³⁰⁶ Ce serait le cas en Chine, en raison de contraintes réglementaires: Cf. C. Chen and H. Doloi, “BOT application in China: Driving and impeding factors”, in *International Journal of Project Management*, 26, 2008, p. 396.

²³⁰⁷ Sur les restrictions possibles en la matière, Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 371.

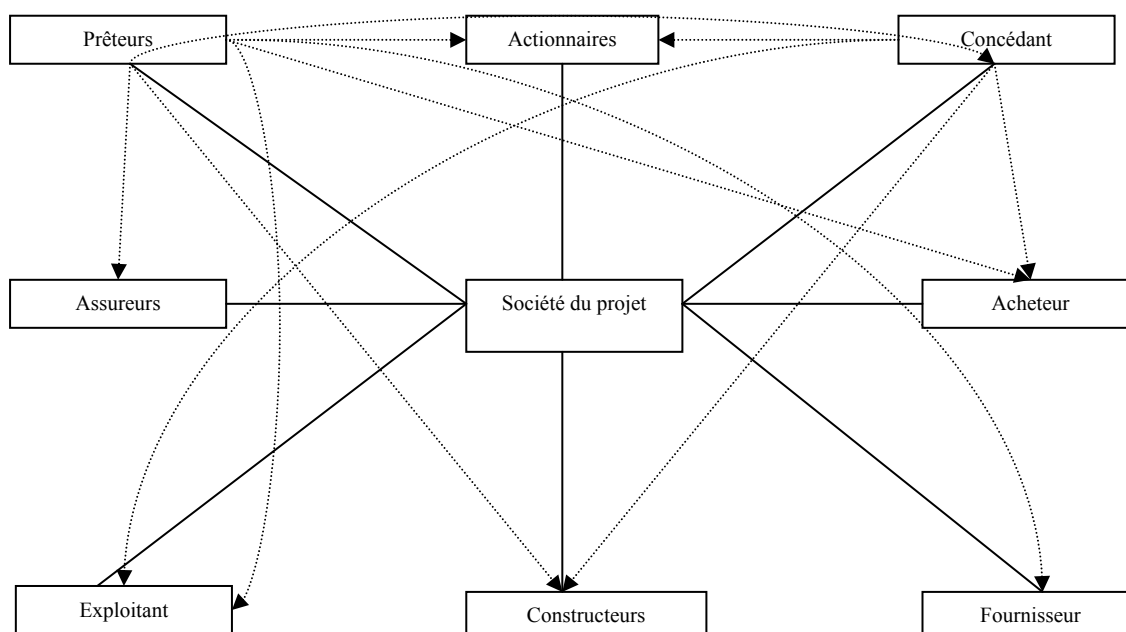
²³⁰⁸ En ce sens Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 90; G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 273; adde: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 65 où l'auteur précise néanmoins que de telles conventions ont d'autres buts tels : “ (...) secondment of personnel, accommodation and costs. Similarly, these direct agreements may consider management of know-how between the project participants and the project company including transfer, duration, licensing rights, exclusivity, distributorship, and the supply of spare parts, goods or raw materials”.

²³⁰⁹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 65-66.

²³¹⁰ Pour un examen détaillé d'un “direct agreement” type Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 91-94.

²³¹¹ Pour un examen de ce régime Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 92-93.

907. Le schéma ci-dessous illustre, par des traits interrompus courts, la galaxie de « direct agreements » pouvant être mise en œuvre dans le cadre d'un BOT :



Source: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, The Hague, Kluwer Law International, 2005, p. 66 et 319.

908. La galaxie de “direct agreements” sus-présentée peut toutefois se révéler difficile à mettre sur pied. On estime cependant que de tels accords, longtemps féroce et longuement négociés, en raison de l’implication de tiers dans le financement du projet qu’ils entraînent, font de plus en plus partie de la structuration courante de projets et concernent notamment tous ceux qui sont en relation avec la société du projet²³¹². Pourrait-on voir dans ce mécanisme une atteinte au principe de l’effet relatif des conventions ? Rien n’est moins sûr...dans la mesure où il s’agit en principe d’une interdépendance contractuellement voulue par différentes parties dont notamment les prêteurs. Pour ces derniers, un « direct agreement » est à la fois défensif et offensif. Ainsi, lorsque le concédant a conservé son droit de substitution du concessionnaire défaillant ou fautif, le « direct agreement » entre les prêteurs et le concédant déterminera les modalités d’intervention des prêteurs²³¹³. C’est dire que le « direct agreement » participe du renforcement de la coopération entre parties au projet à l’effet d’en assurer la continuité. Cet objectif peut également être atteint, plus subtilement, par le biais de clauses de « step-in » éventuellement introduites dans le contrat de concession à l’initiative du concédant et des prêteurs.

²³¹² Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 273.

²³¹³ Ibid. p. 274. L’auteur y précise: “The logical position is that, if the person granting the concession intervenes before the banks step in, they should not object so long as he accounts for the repayment of and the payment of interests on the loans out of the project’s cash flows and, if the banks step in before he intervenes, he should not object because the banks should be subject to his intervention powers by virtue of their having stepped into the concession agreement”.

B- Les clauses de substitution (ou de « step-in ») éventuellement insérées dans le contrat de BOT : la coopération à raison d'une coïncidence d'intérêts

909. Les prêteurs souhaitent généralement s'assurer de la bonne marche du projet, à tout le moins, jusqu'au complet remboursement des emprunts. Ils prendront par conséquent soin de veiller à se substituer à la société du projet ou faire substituer celle-ci par un tiers, si cette dernière commettait une violation du contrat de concession pouvant aboutir à sa résiliation par le concédant. De même, en raison du caractère généralement d'intérêt collectif de projets BOT, le partenaire public a également intérêt à assurer la continuité de l'exploitation du projet (lequel pourrait par exemple être un service public) et ce, aussi bien dans l'hypothèse d'une faute du concessionnaire impliquant une résiliation du contrat de concession que dans l'hypothèse de défaillance de ce dernier²³¹⁴.

910. La possibilité de substituer ou se substituer au concessionnaire défaillant ou fautif peut être prévue au contrat de concession par le biais de clauses de « step-in », lesquelles vont alors organiser les modalités de substitution²³¹⁵. De telles clauses ont été par exemple insérées dans le contrat de concession relatif au projet Eurotunnel²³¹⁶. Dans le projet de la station d'épuration de Bruxelles-Nord, une clause de substitution a également été insérée par voie d'avenants dans le contrat de concession, à l'issue d'une renégociation du contrat initial exigée par les prêteurs²³¹⁷. En règle générale, une telle substitution ne devrait ni se faire au détriment des autres partenaires du projet, ni en faveur ou au détriment des partenaires qui en prennent l'initiative. Ainsi par exemple, la substitution à l'initiative du partenaire public – qui ne se conçoit que temporairement – ne saurait aboutir à retransférer à ce dernier les risques transférés aux partenaires privés et qui ont motivé *ab initio* le choix de la réalisation du projet en BOT²³¹⁸. Dans le même ordre d'idées, on remarque que les prêteurs cherchent généralement à limiter leur responsabilité dans le cadre d'un « step-in »²³¹⁹.

911. Il convient toutefois de préciser que de telles clauses n'ont d'efficacité que si elles ne sont pas contredites par la législation locale²³²⁰. Ainsi par exemple au Vietnam, un décret 02 du 02 janvier 1999 ayant modifié le décret 62 d'août 1998 relatif au BOT reconnaît aux prêteurs des droits de « step-in » dans les projets BOT²³²¹. Toutefois, une

²³¹⁴ En ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 309.

²³¹⁵ Ibid. pour quelques modalités de « step-in ».

²³¹⁶ Cf. A. Montague, « Project loan facilities » in IBL, January 1996, p. 15 où pour illustrer l'importance de telles clauses dans le projet Eurotunnel l'auteur précise : « *In order to rectify what would otherwise have been a gaping hole in the lender's security, the concept of substitution was evolved. Under the substitution provisions of the concession, the lenders are entitled to substitute entities under their control to carry forward the project on default by Eurotunnel, thus giving the lenders a remedy similar in its substantive effects to what might have been achieved if the concession had been subject to English-style security* ».

²³¹⁷ Cf. K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 222. Pour l'auteur, cette clause de substitution constituait une réponse à la préoccupation essentielle des banques d'avoir la possibilité de poursuivre le contrat, et par conséquent de récupérer leur financement, même en cas de défaillance du concessionnaire.

²³¹⁸ En ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 309.

²³¹⁹ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 276 : « *They will frequently insist that, if they step in, they (or their receiver or work-out vehicle) should only be responsible for those outstanding liabilities of the project company of which they are expressly notified by the contracting party. Failing this, they will seek to negotiate a cap on the amount of such pre-existing liabilities* ».

²³²⁰ Voir à titre d'exemple la technique de la substitution et son application en droit français : A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 253-259.

²³²¹ Cf. T. Nhat Quang and D. Hoai Nam, « BOT project financing in Vietnam », in *asialaw*, October 2003, op. cit. p. 2 : « *Decree 02 refers to the right of lenders to "take over the project" upon default under the BOT contract* ».

telle reconnaissance n'est pas chose commune car dans certains pays, il n'est permis, sous aucun prétexte, à un créancier de gérer les affaires de son débiteur, soit parce qu'il s'agit d'un mécanisme inconnu du système juridique en question – on cite le cas de plusieurs droits continentaux européens –, soit encore parce que l'Etat en cause a développé une procédure collective qui interdit aux créanciers nantis de gérer pour leur compte les affaires de leur débiteur – on cite le cas des USA avec précisément le « Chapter 11 proceedings »²³²². Du point de vue du droit européen, les clauses de substitution peuvent également soulever une difficulté dans la mesure où elles aboutissent à un changement de concessionnaire sans mise en concurrence alors même que cette dernière est une des exigences fondamentales en la matière²³²³.

912. En définitive, le paquet de sûretés (« security package »), les multiples garanties et sources et techniques de financement sus-analysés n'ont de sens et ne sont efficaces que si leur mise œuvre se fait dans le cadre d'une coopération étroite entre parties²³²⁴. C'est dans cet ordre d'idées qu'il faut ici ajouter qu'une forme de sécurisation relativement efficace, mais qui ne reçoit pas toujours l'attention qu'on devrait lui accorder, reste l'implication des investisseurs locaux – influents ou non – dans le projet, ceux-ci constituant souvent un bouclier contre toutes sortes d'opportunismes²³²⁵. Il s'agit alors d'implanter plus solidement l'esprit de coopération qui se traduit concrètement et localement en termes socio-économiques. Par ailleurs, les structures, contrats et conventions d'application du contrat de BOT doivent être mis en place dans le même esprit. Ces derniers matérialisent et mettent en mouvement l'opération BOT et doivent traduire l'équilibre et le dynamisme qui caractérisent la coopération sur laquelle se fonde ce type d'opérations. C'est ce qu'il convient à présent de vérifier.

loan agreement. Decree 02 gives lenders the right to take over in whole or in parts the rights and obligations of the BOT company in the implementation of the project, should the BOT company or foreign investors fail to perform under the BOT contract or loan agreement. It requires that such rights be specifically provided for in the loan agreement and be subject to the approval of the ASB [Authorized state body]”.

²³²² Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 249; *adde* dans le même sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 365.

²³²³ Pour la Cour des comptes belge toutefois, l'idée de poursuivre la concession par le biais d'un autre concessionnaire apparaît comme une application spécifique du principe de la continuité du service public et est donc justifiable sur ce fondement : Cf. Cour des comptes, *La station d'épuration de Bruxelles-Nord – Exécution et financement du marché de concession*, octobre 2006, p. 36 citée par K.E. Möric, *Les partenariats public-privé. Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, op. cit., p. 222-223.

²³²⁴ Pour Scott Hoffman par exemple, “Finally, the project lender, or its agent, may not be able to complete construction or operate the project any more quickly or efficiently than the project company. The annals of project finance include examples of projects foreclosed upon, or conveyed to the lender in lieu of foreclosure, with disastrous results. Except in extreme circumstances, all parties benefit when a mutually beneficial outcome is reached in which all the parties have a continuing economic interest in resolving the project's difficulties”: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 371.

²³²⁵ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 183 où l'auteur affirme: “Even where there is no requirement for local ownership, it may be preferable (where the project is located in an unfamiliar or commercially challenging country) to involve a local partner in the project. Such a partner may be well connected politically and commercially, and ease administrative burdens and potentially alleviate some of the project's commercial and political risk”.

913. Les contrats et conventions fixant les contours et les bases de la coopération entre parties à l'opération BOT analysés au chapitre précédent n'ont de sens qu'accompagnés de structures et certains autres contrats avec lesquels ils font corps et qui permettent la matérialisation du projet. Ces derniers réalisent concrètement la finalité de l'opération BOT et, partant, traduisent en actes la coopération entre partenaires. Il en est ainsi tout d'abord de la structure qui porte le projet sous l'impulsion de ses promoteurs (section 1) et du nécessaire et incontournable contrat de construction (section 2). Il en est ainsi ensuite des contrats ou/et structures d'exploitation et de maintenance du projet (section 3). Il en est enfin ainsi des indispensables contrats d'approvisionnement et de fourniture/vente relatifs aux intrants (« inputs ») et aux produits/services (« outputs ») du projet (section 4).

SECTION I : L'ENTITÉ DÉDIÉE AU PORTAGE DU PROJET SOUS L'IMPULSION DES PROMOTEURS

914. En dehors de l'hypothèse d'un promoteur unique, lorsque les promoteurs du projet sont sélectionnés pour en assurer la réalisation, ils constituent généralement une entité *ad hoc* ou véhicule spécialisé (« special purpose vehicle: SPV » ou « special purpose company: SPC » ou encore « special purpose entity: SPE » ou enfin « special variable enterprise: SVE »)²³²⁶ à l'effet de concevoir, construire, exploiter, maintenir et transférer le projet. Cette entité spécialisée, couramment appelée société du projet, est exclusivement dédiée au portage de l'opération sur laquelle elle exerce, à de nombreux égards, une grande influence (sous-section 1). Les actionnaires d'une telle société sont principalement – mais pas exclusivement²³²⁷ – les promoteurs du projet, lesquels en assurent l'impulsion notamment par le biais d'un pacte ou convention d'actionnaires (sous-section 2). La société du projet apparaît en quelque sorte comme l'« institution »²³²⁸ autour de laquelle se meut la coopération entre partenaires car, l'on relève que si des liens de coopération peuvent se nouer sans qu'une institution intervienne, toute institution suppose des liens de coopération auxquels elle apporte une nouvelle dimension²³²⁹.

Sous-section 1 : La société du projet : « hub » de l'opération BOT

915. La constitution d'une société exclusivement dédiée au portage du projet permet à ses promoteurs, d'une part, de rencontrer l'objectif de financer le projet sans recours ou avec un recours limité et surtout, d'autre part, de réunir les ressources et les compétences et de

²³²⁶ Sur les SPV de manière générale Cf. A. Na'im, "Special purpose vehicle institutions : Their business natures and accounting implications", in *Gadjah Mada International Journal of Business*, Jan-Apr. 2006, vol. 8, n° 1, p. 1-19; *adde*: P.J. Crawford and E.H. Fredericks, "Special purpose entities: Throwing the baby out with the bathwater?", in *Graziadio Business Report*, vol. 6, n° 2, 2003 at : <http://www.gbr.pepperdine.edu/032/spe.html> ; M. R. Belmontes "Using the Cayman Islands and other offshore jurisdictions for securitizations transactions", in *The Journal of Structured Finance*, summer 2004, p. 36-41.

²³²⁷ Cf. I. Bénichou et D. Corchia, *Le financement de projets – project finance*, op. cit., p. 113 où ces auteurs indiquent que pour de nombreuses raisons (réglementaires, commerciales ou financières), certains des actionnaires de la société du projet détiennent des parts de celle-ci sans avoir nécessairement participé à l'élaboration du projet. Dans le cadre du projet Eurotunnel par exemple, les promoteurs étaient au départ, en 1985-1986, dix sociétés regroupées au sein du consortium TML ainsi que cinq banques (leaders du syndicat bancaire) : Cf. J. Naslin, "A completely new legal experience" in *IBL*, January, 1996, p. 8.

²³²⁸ Sous une perspective de *law and economics*, nous serons donc amenés à procéder également à une analyse institutionnaliste en complément de l'analyse contractualiste qui a jusqu'ici dominé notre exposé.

²³²⁹ H. Defalvard, "Une explication réductionniste de la coopération inter-firmes" in C. Voisin, A. Plunket et B. Bellon (coord.), *La coopération industrielle*, Paris, Economica, 2000, p. 21.

partager les tâches et les risques liés à l'exécution du contrat de BOT. En cela, la société du projet apparaît comme une structure d'incitation et de gouvernance de la coopération entre partenaires (I). Elle doit par conséquent être mise en place le plus tôt possible, généralement dès la phase de développement, afin d'assurer une réalisation efficace du projet²³³⁰. Le choix de la forme d'une telle société ainsi que son utilisation pour la structuration concrète du projet sont toutefois tributaires de l'environnement juridique et économique en cause (II).

I- La société du projet : structure d'incitation et de gouvernance de la coopération entre partenaires au projet BOT

916. En tant que montage, le BOT consiste essentiellement à identifier et à faire travailler ensemble différentes entités en fonction des compétences propres reconnues à chacune d'elles, en vue de réaliser, d'exploiter et de transférer le projet dont elles ont la charge. La société du projet apparaît ainsi comme ayant principalement une fonction de coordination et d'intégration des ressources et compétences spécifiques et complémentaires (A). En raison justement du fait que les ressources et compétences à réunir sont spécifiques et complémentaires, il faut veiller, au-delà de leur coordination et intégration, au succès du projet. La société du projet apparaît dans son autre aspect comme un instrument d'incitation et de surveillance des partenaires (B). Ces deux fonctions de la société du projet sont d'autant plus pertinentes que l'opération de BOT repose bien souvent sur des investissements dans des actifs spécifiques à l'opération en cause, c'est-à-dire peu ou pas redéployables dans d'autres activités (Cf. *supra* n° 888 sur les effets de cette spécificité des actifs sur les sûretés prises sur les biens et actifs du projet).

A- Une fonction principale de coordination et d'intégration des ressources et compétences spécifiques et complémentaires

917. Qualifiée de « hub de sûretés » par un auteur, la société du projet interconnecterait les différents participants au projet à travers les nombreux contrats et conventions conclus en vue de sa réalisation²³³¹. C'est ainsi souligner la fonction de coordination et d'intégration de la société du projet, laquelle est en pratique constituée par des firmes spécialisées dans une ou plusieurs des tâches à accomplir, conformément au contrat de BOT, et dont aucune ne peut toute seule ni assurer l'ensemble des rôles, ni chercher à les assurer même indirectement²³³². Pour certains auteurs en effet, le trait distinctif de l'organisation et des accords de coopération est de pouvoir coordonner les actions d'agents dont les connaissances et les intérêts diffèrent²³³³. On pourrait même y voir un contrat-organisation

²³³⁰ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 84; *adde*: M. Augenblick and B. Scott Custer Jr., "The Build, Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries", op. cit., p. 8.

²³³¹ Cf. en ce sens Robert L.K. Tiong, "BOT projects: risks and securities", op. cit., p. 320-321 ; *adde* dans le même sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 46: "(...) *The SPV lies at the centre of a web of contracts*".

²³³² Ainsi en matière de construction et d'exploitation de centrales électriques par exemple, on relève la présence de différents acteurs et responsabilités, ces dernières pouvant être cumulées par un ou plusieurs acteurs qui sont : les développeurs, les investisseurs, les sociétés spécialisées en ingénierie, les constructeurs ou membres d'un consortium de construction, les assistants au maître d'ouvrage, les fournisseurs de matériels d'éléments industriels de la centrale, les fournisseurs de combustibles, les exploitants, etc : D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 458.

²³³³ P. Llerena, M. Matt et S. Wolff, « Les incitations et la création de connaissances au sein des accords de coopération », in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 111.

qui, selon un auteur, crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les parties peuvent gagner ou perdre conjointement, de sorte que leurs intérêts sont en conséquence structurellement convergents même si les situations de divergence ne sont pas exclues²³³⁴. De ce qui précède, la fonction de coordination apparaît comme l'une des fonctions que réalise toute forme d'organisation et dont le but est de rassembler, de rendre compatibles et cohérents des actions individuelles mais aussi des processus d'apprentissage décentralisés dans le but d'atteindre ou, à tout le moins, de définir un objectif global²³³⁵.

918. Dans le cadre du BOT, la coordination apparaît hybride : d'une part, une coordination est assurée par le biais du contrat de concession (Cf. *supra* n 792 à 802) – une telle coordination est en principe horizontale – et, d'autre part, une autre coordination est assurée par la société du projet. Cette dernière coordination est en principe verticale (ou hiérarchique). Toutefois, si la coordination verticale se réalise en règle dans le cadre d'une relation de subordination hiérarchique, la réalité de l'opération de BOT paraît plus nuancée en pratique : à l'intérieur de la société du projet il n'y a *a priori* aucune relation hiérarchique entre partenaires, une telle relation se situant donc essentiellement dans les rapports de la société du projet avec ses « partenaires » contractuels externes – et encore faut-il prendre en considération le fait que, comme nous le verrons, certains cocontractants sont simplement des partenaires privés eux-mêmes – ou encore ses salariés.

919. Sur le plan financier, la constitution de la société du projet soulève un certain nombre de questions auxquelles les partenaires s'attèleront à apporter des réponses lors de la structuration du projet : ainsi la question de savoir comment la participation financière sera exactement répartie entre partenaires ou encore celle de savoir si le partenaire public devra prendre une participation au capital de la société du projet²³³⁶ ou également la question du montant du capital à injecter dans cette société. Néanmoins, la société du projet présente l'avantage non seulement de déconsolider l'ensemble des dettes du projet du bilan de chacun des acteurs impliqués mais également de clarifier les relations imbriquées entre partenaires²³³⁷. Bien plus, le rôle de coordination et d'intégration de la société du projet est vigoureusement souligné par un auteur qui affirme que : « *The concentration of relationships through this entity adds clarity to the overall framework. All issues pertaining to the seniority of the debt among lenders and their respective voting rights will be settled by the contracts concluded simultaneously with the SPC, which*

²³³⁴ Cf. en ce sens, P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF/Editions du Juris-Classeur, 1999, op. cit., p. 636. L'auteur distingue ce type de contrats les contrats-échange qui ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien A se trouve entre les mains de B et le bien B se trouve entre les mains de A. Ce faisant, de tels contrats établiraient entre les parties un jeu à somme nulle en ce que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd.

²³³⁵ P. Llerena, M. Matt et S. Wolff, « Les incitations et la création de connaissances au sein des accords de coopération », in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 111. Sur la notion de coordination en économie, Cf. B. J. Loasby, *Equilibrium and evolution – An exploration of connecting principles in economics*, Manchester, Manchester University Press, 1991, p. 9-13.

²³³⁶ M. Alain Lecrivain affirme que : « *The financial community is not in favor of this kind of participation. However, in the event the facility is to be handed over to the authority at the end of the concession period, the authority's desire to exercise control over the facility's maintenance program for ensuring its good working order is entirely understandable. Furthermore, a participation of this type might enable the authority to better supervise the provision of services* » : A. Lecrivain, « The financial approach », in J.-Y. Perrot and G. Chatelus (eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 112.

²³³⁷ Ibid. p. 111.

remain accessible to all parties present at time. The project's financial analysis is facilitated by concentrating the flows through a single entity, a feature which also simplifies the submission of guarantees”²³³⁸. La société du projet offre en effet de nombreux avantages au rang desquels le contrôle des risques du projet par leur isolement dans cette entité – limitant ainsi le recours éventuel des créanciers aux seuls actifs de celle-ci – et la simplification de la gestion du projet ainsi que de la cohérence vis-à-vis des prêteurs²³³⁹.

- 920.** L’intégration à travers la société du projet de divers acteurs aux compétences spécifiques et variées assure par ailleurs, d’une part, une complémentarité nécessaire au succès du projet et, d’autre part, une certaine compétitivité grâce à la concurrence qui ne manquera pas de se produire, notamment dans des circonstances où un ou plusieurs acteurs possèdent une expertise et un savoir-faire multi-métiers leur permettant d’internaliser un certain nombre de prestations²³⁴⁰. De même, on prête à la société du projet, dans un rôle plus général, des vertus stratégiques pour résoudre des difficultés culturelles ou réglementaires²³⁴¹. Elle a en outre une fonction non négligeable d’incitation et de surveillance des partenaires.

B- Une fonction d’incitation et de surveillance des partenaires

- 921.** Selon M. Eric Brousseau, canaliser et harmoniser les intérêts constitue une dimension fondamentale des structures de coordination, cette dimension ne pouvant être ignorée dans la mesure où, même lorsque les raisons de coopérer sont réunies, le processus de coopération pose en soi un problème quant à sa gestion²³⁴². Dans cette perspective, la société du projet assure également une fonction d’incitation et de surveillance des partenaires respectivement, d’une part, à travers les liens capitalistiques (créant une « créance résiduelle » ou « residual claimancy ») ainsi qu’une rémunération conséquente du risque pris (1) et, d’autre part, à travers l’action des organes de direction de la société du projet (2).

1- La fonction d’incitation : liens capitalistiques créant un droit de créance résiduelle (« residual claimancy ») et rémunération adéquate du risque pris

- 922.** La fonction d’incitation permet de gérer ou de prévenir les conflits d’intérêts et les situations d’opportunisme et, plus précisément, l’incitation consiste à mettre en place des mécanismes soit de rétribution (primes, récompenses), soit de sanction (éventuellement

²³³⁸ Ibid. p. 112 (c’est l’auteur qui souligne dans le texte).

²³³⁹ Cf. en ce sens A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 77-80.

²³⁴⁰ La faculté d’internaliser des prestations pourrait toutefois conduire certains acteurs, en l’absence de toute concurrence, à ajouter des marges de sécurité dont l’addition entraîne un prix global important faisant perdre toute compétitivité : Cf. en ce sens D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L’exemple de la construction et de l’exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 459.

²³⁴¹ A. Na’im, “Special purpose vehicle institutions: Their business natures and accounting implications”, in *Gadjah Mada International Journal of Business*, op. cit. p. 3. L’auteur illustre son propos en affirmant que: “*For example, a multinational company sets up a local domestically flavored company as a vehicle to do investment in a country to get a domestic cultural sentiment and sympathy that eventually will ease their marketing of their products*”. Il ajoute par ailleurs que: “*SPVs are also used to limit risk of a bundle of businesses included in the SPVs, and provide facilities limited profit or business sharing between multinational companies with potential partners*”

²³⁴² E. Brousseau, « La gouvernance des processus de coopération » in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 29.

sous la forme de menaces crédibles)²³⁴³. Plus généralement, l'incitation suppose des mécanismes destinés à obtenir d'un individu ou d'un groupe d'individus la réalisation d'un objectif qu'il n'aurait pas atteint spontanément²³⁴⁴.

923. Dettes et fonds propres, remarque-t-on, ne constituent pas uniquement des modes alternatifs de financement, mais également des modes alternatifs de gouvernance²³⁴⁵. L'incitation se traduira par conséquent dans le cadre d'un BOT par l'implication financière des partenaires dans la société du projet. Ceux-ci devront en effet prendre des participations dans le capital de cette dernière i.e. apporter une contribution en « Equity » (Cf. *supra* n° 810). On estime que l'établissement de liens en capital permet d'établir à la fois tant une communauté d'intérêts entre les parties (chacun devenant partiellement « propriétaire » de l'autre)²³⁴⁶ que des menaces mutuelles crédibles et un dispositif de partage des bénéfices résiduels²³⁴⁷. Ceci aboutit au constat selon lequel, d'une part, "(...) *Assigning a share of the capital to the project builder and/or operator is essential in order to confirm their motivation to see the project through to completion*"²³⁴⁸ et, d'autre part, "*The sponsors must also commit themselves to remaining SPC shareholders to a minimum extent for a set numbers of years*"²³⁴⁹.

924. Par ailleurs, des mécanismes de rémunération diminuant la tendance des partenaires à adopter des comportements opportunistes doivent être mis sur pied. A cet égard, les dispositifs prévoyant le partage des profits sur toutes les dimensions du résultat apparaissent non seulement conformes à la logique de l'opération mais également, à conditions constantes, comme un principe favorisant l'efficacité de la coopération car les incitations à coopérer sont ce faisant « alignées » sur la dépendance du résultat collectif au

²³⁴³ En ce sens Cf. P. Llerena, M. Matt et S. Wolff, « Les incitations et la création de connaissances au sein des accords de coopération », in *La coopération industrielle*, op. cit. p. 112-113.

²³⁴⁴ Ibid.

²³⁴⁵ O.E. Williamson, "The theory of the firm as governance structure: from choice to contract", in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 16, n° 3, Summer 2002, p. 186: "*More generally, debt and equity are not merely alternative modes of finance, which is the law and economics construction (Easterbrook and Fischel, 1986; Posner, 1986), but are also alternative modes of governance*".

²³⁴⁶ Contra Fama qui affirme que: "*Ownership of capital should not be confused with ownership of the firm. Each factor in a firm is owned by somebody. The firm is just the set of contracts covering the way inputs are joined to create outputs and the way receipts from outputs are shared among inputs. In this "nexus of contracts" perspective, ownership of the firm is an irrelevant concept*": E. Fama, "Agency problem and the theory of the firm" in *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 272; *adde*: M. Jensen and W. Meckling "Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure" in *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 289 où ces auteurs affirment: "*The private corporation or firm is simply one form of legal fiction which serves as a nexus for contracting relationships and which is also characterized by the existence of divisible residual claims on the assets and cash flows of the organization which can generally be sold without permission of the other contracting individuals*".

²³⁴⁷ Cf. en ce sens E. Brousseau, « La gouvernance des processus de coopération » in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 37 ainsi que les références à Hennart et Oxley citées par l'auteur.

²³⁴⁸ A. Lecrivain, "The financial approach", in J.-Y. Perrot and G. Chatelus (eds), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnerships (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit. p. 111. L'auteur ajoute toutefois que: "*As long as the project does not get refinanced and subjected to open-market pressures, i.e. following the start-up period, this capital must continue to be remunerated in accordance with the adopted debt repayment schedule and not evaluated as if it were above and beyond the typical margins practiced in construction and operations contracts*".

²³⁴⁹ Ibid. p. 113 avec la précision selon laquelle: "*The estimation of each sponsor's obligatory participation obviously depends on its specific role (builder, supplier, service operator), on the project intrinsic strength and on the scope of the financial support commitments necessitated by project-specific data*".

comportement coopératif des parties²³⁵⁰. Cette réalité nous semble correspondre à ce qu'un auteur qualifie de « nouveau type d'auto-description des actes élémentaires de l'« opération de réseau » »²³⁵¹. Bien plus, la recherche de l'efficacité – voire de l'effectivité – de la coopération précitée pousse par ailleurs à compléter la fonction d'incitation de la société du projet par des dispositifs de surveillance, de supervision ou de contrôle.

2- La fonction de surveillance : l'action des organes de direction de la société du projet

925. L'action des organes de direction de la société du projet est essentiellement de surveillance de la bonne exécution du projet, de tels organes détenant par ailleurs un certain pouvoir d'incitation²³⁵². Pour certains auteurs en effet, la fonction clé des managers est d'édicter des contrats et d'en superviser l'application afin de limiter ou contrôler la tendance naturelle des êtres humains à tromper, à voler et à fuir et, plus spécifiquement, contre le risque d'opportunisme qu'accroît la spécificité des actifs²³⁵³. De fait, les fonds propres conçus comme mode alternatif de gouvernance impliquent la désignation d'organes de direction de la société du projet par les apporteurs de tels fonds. Une des missions de ces organes consiste à réduire le coût du financement par l'exercice d'une surveillance de la conduite du projet, notamment lorsque – et c'est souvent le cas dans les opérations de BOT – les actifs du projet ne sont pas aisément redéployables par ailleurs²³⁵⁴. Pour M. Eric Brousseau par exemple, le comité de suivi d'un accord de coopération ou les organes de direction d'une *joint venture* constituent typiquement des mécanismes de supervision parce qu'ils conduisent à « mesurer » les apports des parties, même lorsque de tels apports sont difficilement mesurables²³⁵⁵.

926. La surveillance orchestrée par la société du projet s'appuie sur des principes de mobilisation et de coordination c'est-à-dire sur des mécanismes permettant de contrôler la bonne exécution des contrats à travers un certain nombre d'outils, entre autres, de décomposition du projet, de planification, de gestion des différentes phases et du suivi de l'avancement ainsi que d'évaluation de la rentabilité et du suivi des coûts. La seule réputation des partenaires ne peut en effet suffire à s'assurer de la qualité des biens et des services, d'où un nécessaire recours aux mécanismes de supervision précités dont la charge de l'exécution repose sur les organes de direction. En permettant de confronter les points de vue des spécialistes, de tels dispositifs entraînent une certaine objectivation des apports de chaque partenaire. Cette quête d'objectivation a un double impact : d'une part, elle facilite la résolution de conflits et, d'autre part, elle diminue les incitations à tricher

²³⁵⁰ E. Brousseau, « La gouvernance des processus de coopération » in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 36-37.

²³⁵¹ Cf. G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, op. cit., p. 277. Pour l'auteur, « Ce nouvel acte élémentaire qu'est l'« opération de réseau » se forme par double attribution sociale d'actions : au sein du réseau, chaque événement de communication est attribué à l'un des partenaires autonomes du contrat aussi bien qu'à l'organisation dans son ensemble » (L'auteur souligne l'ensemble du texte).

²³⁵² Sur la viabilité de la séparation managers-actionnaires Cf. E. Fama, "Agency problems and the theory of the firm", in *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 276-278.

²³⁵³ E. Raynaud et E. Valceschini, « La gouvernance, vecteur de crédibilité d'un signal commun de la qualité » in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 58.

²³⁵⁴ O.E. Williamson, "The theory of the firm as governance structure: from choice to contract", op. cit., p. 186.

²³⁵⁵ E. Brousseau, « La gouvernance des processus de coopération » in *La coopération industrielle*, op. cit., p. 36 (c'est l'auteur qui souligne « mesurer » dans le texte).

puisque chaque partenaire sait que ses contributions, même difficilement mesurables, seront susceptibles d'être analysées *ex post* et devront être justifiées²³⁵⁶. L'efficacité de la surveillance ainsi mise en œuvre dépend toutefois de l'aménagement de mécanismes de représailles²³⁵⁷ lesquels doivent par ailleurs être crédibles. Plus généralement, les mécanismes de gouvernance et d'incitation que la société du projet permet de mettre en œuvre doivent, dans le but d'assurer une coopération fructueuse entre partenaires, épouser une forme et une structure adéquates, lesquelles dépendent de l'environnement juridique et économique local.

II- Forme de la société et structuration du projet tributaires de l'environnement juridique et économique local

927. La spécificité du BOT, qui implique la réalisation d'un projet d'intérêt général dans un Etat donné, écarte *a priori* les discussions relatives à la loi applicable à la société du projet. En effet, la constitution d'une société locale est généralement une des exigences de la législation de l'Etat d'accueil du projet. La société du projet est par conséquent locale, en principe, le choix de sa forme n'obéissant qu'à des considérations fiscales et de stratégie (A). Exceptionnellement, une telle société pourra être localisée à l'étranger en raison de considérations stratégiques de nature sécuritaire et fiscale (B).

A- Une société du projet en règle locale

928. La réglementation des investissements étrangers dans chaque pays est une affaire de la législation locale. Une telle législation si elle tend en principe à encourager les investissements étrangers – en leur accordant par exemple des avantages ou exemptions fiscaux – doit d'un autre côté protéger les intérêts nationaux, notamment dans des secteurs clés ou considérés comme stratégiques. Elle édictera dans ce dernier cas des mesures tendant, par exemple, soit à interdire l'appropriation d'immeubles ou de terrains par les étrangers, soit l'investissement étranger dans certains secteurs, soit encore à imposer une participation locale à tout projet d'une certaine envergure. Le BOT tend à trouver un juste équilibre entre le désir de l'Etat d'accueil d'encourager les investissements étrangers et son souci, légitime au demeurant, de protection des intérêts nationaux. La société du projet est en règle une société locale et de droit local, la finalité de l'opération de BOT (Cf. *infra* n^{os} 1064 et s.) ainsi que le soutien, souvent recherché, du partenaire public faisant d'une telle localisation du projet une exigence légale (1). Le choix de la forme de cette société ainsi que la structuration concrète du projet dépendent quant à eux de considérations stratégiques et fiscales (2).

1- Le caractère local de la société du projet : une exigence usuellement légale

929. La finalité de l'opération BOT conduit généralement l'Etat hôte à imposer la constitution d'une société du projet de droit local. C'est ainsi par exemple que dans le projet FOXTROT de production indépendante adossée à une concession gazière réalisé en Côte d'Ivoire, une société du projet fut constituée en décembre 1992 et dénommée Compagnie des Energies Nouvelles de Côte d'Ivoire (CENCI). Société anonyme de droit ivoirien, les actions de celle-ci étaient réparties entre les différents partenaires du projet

²³⁵⁶ Ibid. en ce sens.

²³⁵⁷ Ibid. p. 37.

dont 20% entre les mains de la Société nationale d'opérations pétrolières de Côte d'Ivoire (PETROCI)²³⁵⁸. L'exigence d'une société de droit local tient à deux raisons au moins :

- tout d'abord, une société de droit local permet à l'Etat hôte de garder un certain contrôle sur le projet²³⁵⁹, notamment dans les cas où celui-ci y a apporté son appui (soit par des garanties, soit par des avantages de nature fiscale particulièrement). Celui-ci peut ainsi souhaiter détenir dans une telle société des participations assorties de prérogatives exorbitantes du droit commun, en l'occurrence des « golden shares » ou « actions spécifiques »²³⁶⁰ ;
- ensuite, une société de droit local permet une participation des investisseurs locaux au capital de cette dernière, une telle participation capitalistique étant parfois elle-même une exigence légale visant à obtenir un transfert de technologie ainsi qu'une création d'emplois et une formation du personnel local²³⁶¹. Une telle exigence doit être prise en compte dès les phases préliminaire et d'études de faisabilité du projet de sorte à en comprendre le contenu précis (participation de contrôle, répartition des bénéfices, « ownership allocation » ou une combinaison de toutes ces modalités) et l'inclure dans les négociations des statuts de la société du projet²³⁶².

930. Par ailleurs, la nature locale des activités généralement entreprises à travers le BOT entraîne comme logiquement la constitution d'une société de droit local. En matière de production indépendante d'électricité par exemple, l'on observe que, sous réserve des précautions d'usage en matière de garanties de paiements et de rapatriement des fonds, la société du projet est le plus souvent de droit local, l'essentiel de l'activité s'accomplissant dans le pays d'accueil de l'investissement²³⁶³. Plus généralement, on a opportunément souligné que « *Les techniques sociétaires sont moins perméables aux règles matérielles que les règles contractuelles* »²³⁶⁴. Une société du projet de droit local offre par ailleurs certains avantages aux promoteurs, de tels avantages ne pouvant être autrement obtenus par des sociétés localisées à l'étranger. Tel est par exemple le cas des avantages fiscaux, généralement décisifs dans le choix de la forme de la société voire même de la structuration du projet dans son ensemble.

²³⁵⁸ Sur l'analyse et les détails de ce projet Cf. notamment P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 829 et s.

²³⁵⁹ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 87: « *Some countries require that the project entity be incorporated, or otherwise formed if a partnership or other non-corporate entity, in the host country. The policy behind this type of requirement is sometime based (...) in other countries (...) on the notion that these types of requirements provide the host government with better control over the project company, through regulation and taxation* ».

²³⁶⁰ Sur la « golden share » de manière générale, Cf. R. Ergec, « Une technique contestée de la présences des pouvoirs publics dans les entreprises : la *golden share* ou l'« action spécifique » », in JTlux, n° 3, 2009, p. 82 et s. ; *adde* : N. Thirion, « *Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur », in Cahier de dr. eur., 3/2003, p. 225 et s. ; S. Grundmann and F. Möslin, « *Golden shares – State control in privatised companies : comparative law, European law and policy aspects* », in Euredia 2001-2002/4, p. 623 et s.

²³⁶¹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 72 ; *adde* : A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 81 où ces auteurs indiquent que les investisseurs locaux recherchent souvent plus une rémunération par le biais des contrats de fourniture et de services qu'une rémunération à travers les dividendes.

²³⁶² Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 87.

²³⁶³ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », in RDAI, n° 4/5, 1998, p. 427.

²³⁶⁴ Y. Loussouarn, « Règles de conflit et règles matérielles dans le droit international des sociétés » cité par V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 364.

2- L'impact de considérations stratégiques et fiscales sur le choix de la forme de la société et la structuration du projet

931. Les considérations stratégiques et fiscales influencent énormément le choix de la forme de la société du projet ainsi que la structuration du projet lui-même. La structure sociétaire peut en effet présenter des avantages comptables et fiscaux pour les promoteurs²³⁶⁵. De même, elle semble indispensable lorsque ces derniers souhaitent éventuellement inclure dans le capital de la société du projet des véhicules d'investissement spécialisés aux fins d'obtenir des fonds propres (par exemple par un financement mezzanine ou par capital-risque)²³⁶⁶. Dans les faits, la stratégie de chaque promoteur en rapport avec la société du projet et ses prêteurs habituels (« corporate banks ») est d'essayer de convaincre ces derniers que la nature de l'investissement – à recours limité – limite ses pertes éventuelles à sa seule mise dans le projet²³⁶⁷. Un tel argumentaire suppose effectivement une structure sociétaire permettant une telle limitation. Plus généralement, l'objectif commun à tous les partenaires (privés) d'un projet d'envergure semble d'éviter que leurs sociétés-mères ou filiales y soient directement impliquées, en raison notamment des risques liés aux responsabilités et réglementations inhérentes au projet ainsi que la difficulté de répartir des revenus taxables entre plusieurs pays²³⁶⁸.

932. La question qui se posera en pratique est celle du choix de la forme sociétaire adéquate, susceptible d'apporter aux actionnaires les avantages et bénéfices qu'ils escomptent pour leurs investissements²³⁶⁹. Ces avantages et bénéfices peuvent tenir compte entre autres considérations²³⁷⁰ : (i) du degré d'isolement contre les risques et responsabilités inhérents au projet que souhaitent les promoteurs ; (ii) de la mesure suivant laquelle ces promoteurs souhaitent éviter que les emprunts effectués pour financer le projet apparaissent dans leurs bilans ; (iii) de l'aisance avec laquelle les bénéfices peuvent être générés par le projet ; (iv) de l'efficacité fiscale (« tax efficiency ») de la structure ; (v) de la flexibilité de cette dernière en termes de gestion ; (vi) du niveau de protection des minoritaires au projet ; (vii) du niveau de publicité requis pour la mise en œuvre de la structure ; (viii) de l'aisance à dissoudre celle-ci ; ou encore (ix) de la présence de traités en matière de protection des investissements.

²³⁶⁵ A.-M. Toledo et P. Lignières, *Le financement de projet*, op. cit., n° 82. Pour M. Graham Vinter, "(...) in choosing that structure, a sponsor should ensure that the structure provides the accounting treatment it wants and that any consents necessary for its own participation from its own bankers are obtained": G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 55. Pour une utilisation abusive de SPV, et précisément à des fins comptables et financières frauduleuses, Cf. P.J. Crawford and E.H. Fredericks, "Special purpose entities: Throwing the baby out with the bathwater?", in Graziadio Business Report op. cit., p. 1; *adde*: A. Na'im, "Special purpose vehicle institutions: Their business natures and accounting implications", in *Gadjah Mada International Journal of Business*, op. cit. p. 10-13.

²³⁶⁶ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 72.

²³⁶⁷ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 56-57.

²³⁶⁸ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 86.

²³⁶⁹ Pour MM. Fama et Jensen en effet, "Because alternative organizational forms involve different costs and thus different net payoffs for the same level of investment, the production or transformation function for a venture depends on organizational form": E. Fama and M. Jensen, "Organizational forms and investment decisions", in *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 308.

²³⁷⁰ Pour des commentaires sur toutes ces considérations et notamment sur les considérations fiscales influençant le choix d'une entité du projet Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 57-59 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 85-86 ; Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 9-10.

933. De tout ce qui précède, la forme même de la société du projet doit donc être suffisamment flexible et, surtout, permettre par sa spécificité une limitation des risques et responsabilités des promoteurs et autres investisseurs du projet²³⁷¹. Certains auteurs ont ainsi suggéré l'utilisation de sociétés de capitaux dont les droits et obligations seront identifiés dans le contrat de BOT conclu avec l'Etat hôte pour la réalisation du projet²³⁷². Pour une partie de la doctrine française, deux formes de société paraissent – en droit français – adaptées dans ce contexte : d'une part, la société en commandite par actions (SCA) dans la mesure où elle permettrait « l'alliance des investisseurs et des entrepreneurs » grâce à son caractère composite²³⁷³ et, d'autre part, la société en participation qui en raison d'une particularité – son absence de personnalité morale – est traditionnellement proposée pour le regroupement momentané d'entreprises ayant en vue la réalisation d'une ou de plusieurs opérations spécifiques dont elles entendent partager les bénéfices éventuels²³⁷⁴. Cette dernière forme de société est à rapprocher de la société momentanée de droit belge, laquelle a connu un certain succès dans la mise en œuvre de projets²³⁷⁵.

934. Plus généralement, certains auteurs affirment qu'à des moments donnés il y a une série de transformations qui s'opèrent dans le cours de chaque projet, une de ces transformations pouvant concerner la forme de la société du projet²³⁷⁶. Ils en déduisent par conséquent que le projet pourrait idéalement être réalisé sous différentes structures suivant ses différentes phases²³⁷⁷. La forme de la société du projet dans le cadre d'une opération de BOT n'apparaît donc pas comme figée, une forme pouvant être idéale à un stade précis du projet puis subir une transformation par la suite, traduisant par là même l'adaptation suivant le principe de l'équilibre dynamique qu'implique une telle opération. Il n'est d'ailleurs pas exclu que la société du projet soit totalement délocalisée vers des cieux plus prometteurs ou, peut-être et surtout, plus protecteurs.

²³⁷¹ Sur les différents types de véhicules possibles et utilisables : (1) dans l'Union européenne et en Angleterre Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 63-76 ; (2) dans l'Union européenne et aux Etats-Unis Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 87-92.

²³⁷² J.-M. Loncle, "Grands projets d'infrastructures: le montage Build, Operate, Transfer (BOT)", op. cit., p. 950.

²³⁷³ A. Bied-Charreton et D. Musson, « La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels : nouvelles approches », in RDAI, n° 1, 1992, p. 13 ainsi que la référence à Viandier citée. Une telle société constituerait selon ces auteurs un moyen d'élection de la dissociation juridique entre le propriétaire et l'exploitant d'un projet et a servi à la réalisation du projet Euro Disney (p. 14-15).

²³⁷⁴ Ibid. p. 21-22. Contra cependant, H. Martin-Sisteron, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet – Perspectives pour le droit français*, Thèse de doctorat en droit privé, op. cit., p. 211-213 où l'auteur indique et justifie qu'en droit français, trois types de sociétés, (la SA, la SARL et la SAS) sont en pratique utilisés dans le financement de projet.

²³⁷⁵ Sur la société momentanée de droit belge Cf. notamment : D.-B. Floor, *Droit des sociétés : la société momentanée*, Bruxelles, Larcier, 2002 ; J. Malherbe, Y. de Cordt, P. Lambrecht, P. Malherbe : *Droit des sociétés. Précis. Droit européen. Droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd. 2009, p. 336-338 ; V. Simonart, *L'association momentanée*, Bruxelles, Creadif, 1990, p. 8-11. Pour rappel, aux termes de l'article 47 du Code belge des sociétés, « La société momentanée est une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées ».

²³⁷⁶ E. Fama and M. Jensen, "Organizational forms and investment decisions", in *The economic nature of the firm – A reader*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009, op. cit., p. 312.

²³⁷⁷ Ibid. L'auteur indique ainsi que: "For example, it might first be organized as a proprietorship and then, with increasing demands for financing risky investments, converted to a partnership or a closed corporation, and then to an open corporation. At a later time, conditions can indicate reconversion to closed corporation, partnership, or even proprietorship form".

B- Délocalisation exceptionnelle de la société du projet : influence de considérations stratégiques de nature sécuritaire ou/et fiscale

935. La société du projet peut être exceptionnellement localisée à l'étranger, une telle démarche de la part des promoteurs du projet reposant souvent sur des considérations fiscales ou sécuritaires. Un auteur affirme ainsi que: "*Sponsors should bear in mind the possibility of using multiple vehicles for a project since tax and other advantages are sometimes to be had by fragmenting the various constituent parts of a project*"²³⁷⁸. Il se pourrait en effet que l'environnement économique et juridique du pays hôte du BOT, soit permette une délocalisation de la société du projet, soit se révèle inadapté aux exigences du montage que souhaitent mettre en place les promoteurs du projet.

936. Dans l'hypothèse où une délocalisation de la société du projet est légalement possible, les promoteurs du projet essaieront de choisir une destination « offshore » leur offrant des avantages maximum aux plans fiscal et managérial²³⁷⁹. Par contre, dans l'hypothèse où l'environnement économique et juridique local s'avère inadapté au montage que souhaite réaliser les promoteurs sans qu'il soit toutefois possible de procéder à une délocalisation, il a été suggéré de constituer « offshore » une société holding (« Holdco structure ») qui détiendrait les participations de chacun des promoteurs dans la société du projet (par définition locale)²³⁸⁰. Une telle société holding serait idéalement constituer dans un Etat ayant avec l'Etat hôte du projet une convention bilatérale de protection des investissements²³⁸¹.

937. En définitive, quelles que soient la forme de l'entité du projet retenue et la structuration concrète du projet, un fonctionnement harmonieux de ce montage passe par une coopération étroite entre tous les actionnaires de la société du projet, d'où la nécessité d'une convention d'actionnaires.

Sous-section 2 : La convention d'actionnaires : coopérer en raison d'une communauté d'intérêts

938. Les pratiques nationales et internationales connaissent un usage classique des conventions d'actionnaires²³⁸². Sujet déjà ancien, estime-t-on, les conventions

²³⁷⁸ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 58.

²³⁷⁹ Pour une présentation de tels avantages Cf. M. R. Belmontes "Using the Cayman Islands and other offshore jurisdictions for securitizations transactions", in *The Journal of Structured Finance*, summer 2004, p. 36-41. Il faut ajouter qu'au titre des inconvénients à la constitution d'une société du projet de droit local, on a relevé, d'une part, que l'avantage fiscal attendu pourrait se révéler mince et, d'autre part, que le risque politique est accru dans la mesure où les juridictions étrangères sont généralement impuissantes face à toute expropriation d'un « bien » local : Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 10.

²³⁸⁰ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 10.

²³⁸¹ Sur les avantages et inconvénients d'un tel montage Cf. Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 10-11.

²³⁸² Sur les conventions d'actionnaires en général Cf. A. Coibion, *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, Bruxelles, Larcier, 1^{ère} éd. 2010 ; S. Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Paris, Litec, 1992 ; adde : P. Van Ommeslaghe, « Les conventions d'actionnaires en droit belge », in RPS, 1989, p. 289-322 ; G. Parleani, « Les pactes d'actionnaires », in *Revue des sociétés*, 1991, p. 1 et s. ; R. Kaddouch, « LBO : actions de préférence ou pactes d'actionnaires ? », in *La semaine jur. EA.*, n° 24, 2006, 1953 ; M. Henning, « Shareholder agreements help protect owners », in *H&MM*, November 2007, p. 14.

d'actionnaires resteraient d'une actualité incontestable²³⁸³. Leur usage est multiple et répond à des préoccupations diverses dont principalement le souci de discrétion, mais également un but d'efficacité dans la mesure où les statuts ne sont pas toujours le mode le plus adéquat pour traiter des relations internes entre actionnaires et, surtout peut-être, de rapports internes entre un groupe d'actionnaires²³⁸⁴. En effet, en dehors des statuts et afin d'assurer une certaine stabilité et un fonctionnement harmonieux de la société du projet, les promoteurs du projet ainsi que les autres investisseurs y participant feront généralement usage d'une convention d'actionnaires²³⁸⁵. Un auteur n'a pas hésité à affirmer que les conventions d'actionnaires traduiraient un sentiment profond, lequel peut irriguer toutes les sociétés quelle que soit leur importance : celui de l'appartenance à une communauté²³⁸⁶.

939. C'est une telle communauté – d'intérêts – qui caractérise le BOT, notamment en ce qui concerne les partenaires privés. Dans le cadre d'une telle opération, la convention d'actionnaires ne paraît pas déroger outre mesure à ce type de conventions, usuelles en droit des affaires²³⁸⁷. On note certes que la panoplie des clauses et mécanismes contractuels s'est considérablement enrichie²³⁸⁸ et que les différents types de conventions entre actionnaires doivent être rédigés en fonction des objectifs spécifiques poursuivis par les parties, de sorte qu'ils impliquent « nécessairement que les vêtements soient taillés sur mesure »²³⁸⁹. En dehors des droits et obligations des actionnaires qui sont généralement réglés dans une telle convention²³⁹⁰, quelques uns de ses aspects méritent cependant d'être mis en lumière dans le cadre du BOT²³⁹¹. Il apparaît ainsi qu'une place de choix y est accordée dans le traitement de la charge ainsi que de la rémunération des investissements

²³⁸³ J.-M. Nelissen Grade, préface à l'ouvrage de A. Coibion, *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, op. cit., p. 5.

²³⁸⁴ Ibid.

²³⁸⁵ A la différence de ce que la société du projet, pour les raisons sus-examinées, ne prend pas la forme d'une filiale commune, cette hypothèse correspond à peu près à l'application de telles conventions en matière de « joint venture » décrite par le Professeur Pierre Van Ommeslaghe : Cf. P. Van Ommeslaghe, « Les conventions d'actionnaires en droit belge », op. cit., p. 291.

²³⁸⁶ G. Parleani, « Les pactes d'actionnaires », in *Revue des sociétés*, 1991, p. 1.

²³⁸⁷ En ce sens Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 84: “There are really no aspects of shareholders agreements which are unique to project finance. Most of the problems associated with shareholders agreements for joint ventures will be found in a project financing, however”; adde: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 182: “The difficulties encountered in generating a BOT shareholders' agreement are not dissimilar to those found in other such agreements”.

²³⁸⁸ J.-M. Nelissen Grade, préface à l'ouvrage de A. Coibion, *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de Private Equity*, op. cit. p. 5. L'auteur explique cette évolution par la complexité croissante des relations entre actionnaires dans un contexte international (par exemple dans le cadre de *joint ventures* entre des opérateurs industriels et financiers – cas du BOT), mais également par le développement des opérations de *private equity* qui nécessitent généralement la mise en place de structures destinées à organiser la collaboration entre le *sponsor* financier et le management ou l'ancien actionnaire de contrôle.

²³⁸⁹ P. Van Ommeslaghe, « Les conventions d'actionnaires en droit belge », op. cit., p. 291. Le concept du « sur mesure » sied d'ailleurs particulièrement bien aux opérations de BOT.

²³⁹⁰ Pour un aperçu de ces droits et obligations dans le cadre du BOT, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 187-189.

²³⁹¹ On relève toutefois que certaines de ces questions pourraient être directement et plus efficacement traitées dans les statuts de la société du projet, mais qu'il s'impose alors un traitement au cas par cas fondé sur des avis juridiques pointus et circonstanciés prenant en compte tant la nature que l'environnement juridique dans lequel le projet se réalise : Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 84; adde: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 182 où l'auteur précise que: “The location of the provisions discussed below will depend on local practice and whether the obligations should apply only to the signatories or whether they should run with the shares and restrict ownership of the shares”.

projetés (I) et à la précision des modalités de gestion de la société du projet et l'organisation des rapports entre actionnaires (II).

I- Traitement de la charge et de la rémunération des investissements projetés

940. Dans le cadre du BOT, la charge et la rémunération des investissements projetés sont au cœur des préoccupations des actionnaires de la société du projet. La charge des investissements appelle en effet des contributions de la part de chaque actionnaire – contributions financières ou même en nature²³⁹² – dont il faut précisément organiser la répartition. De même, faut-il organiser la répartition de la rémunération de ces investissements entre ces contributeurs, une telle rémunération n'étant par ailleurs que la contrepartie logique et légitime desdits investissements.

941. Pour ce qui est des contributions financières par exemple, les prêteurs tendent de plus en plus à accepter que les actionnaires fassent leurs contributions suivant les phases d'exécution du projet (« contingent capital contributions ») – souvent au *pro rata* des tirages effectués sur les prêts accordés – d'où la nécessité pour les actionnaires de prévoir les modalités concrètes de telles contributions – en fonds propres ou dettes (subordonnées) – dans la convention d'actionnaires²³⁹³. Les contributions à la charge des investissements peuvent par ailleurs se faire, d'une part, en nature – surtout dans les pays émergents dans lesquels les actionnaires locaux apportent souvent des terrains nécessaires à la réalisation du projet – ou, d'autre part, en industrie – compétences spécifiques ou présence/expertise dans le pays d'accueil de certains actionnaires – ce qui pose la question de leur évaluation, laquelle pourrait être réglée dans le cadre de la convention d'actionnaires²³⁹⁴. C'est également la convention d'actionnaires qui doit anticiper les surcoûts éventuels en prévoyant par exemple les modalités d'injection de capitaux supplémentaires (« new equity infusions ») dans la société du projet²³⁹⁵ – ce qui peut se faire en proportion des surcoûts à supporter – tout en réglant le sort des actionnaires minoritaires dans la mesure où leurs participations risquent d'être diluées par de telles injections²³⁹⁶.

942. Quant à la rémunération des investissements réalisés, la convention d'actionnaires définit généralement la politique des dividendes à distribuer par la société du projet²³⁹⁷, étant entendu qu'une telle distribution n'a lieu que conformément à la politique de répartition globale du cash flow du projet²³⁹⁸. Bien plus, le traitement de la charge et de la

²³⁹² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 182.

²³⁹³ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 84; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 185. Cet auteur ajoute que le moment des contributions peut être déterminé par des considérations fiscales ou des obligations dues au transfert de sommes.

²³⁹⁴ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 84; *adde* : Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 35; J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 185.

²³⁹⁵ Il a par exemple été jugé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française que l'engagement pris par les actionnaires majoritaires, aux termes d'un pacte d'actionnaires, « à faire en sorte que les besoins de trésorerie de la société soient assurés au mieux » pendant une durée d'une année constituait une obligation de résultat auquel ces actionnaires s'engageaient à parvenir : Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-18.882, F-P+B, Waintraub c/Sté Balmain : Juris-Data n° 2007-037498 note H. Hovasse (Droit des sociétés n°4, avril 2007, comm. 74).

²³⁹⁶ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 185-186.

²³⁹⁷ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 35.

²³⁹⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 186. Selon cet auteur: “Contractual obligations to third parties, such as supplier, the operator or other contractors, will generally be paid first. Then

rémunération des investissements projetés permet de tracer les contours de la gestion de la société du projet ainsi que de définir les rapports internes entre actionnaires. Ces derniers aspects sont également traités dans la convention d'actionnaires.

II- Modalités de gestion de la société du projet et organisation des rapports entre actionnaires

943. Pour ce qui est des modalités de gestion de la société du projet ainsi que de l'organisation des rapports entre actionnaires, la convention d'actionnaires de la société du projet BOT ne déroge pas non plus véritablement à la pratique usuelle en la matière. Deux questions retiennent toutefois l'attention en raison de leur intensité et leurs conséquences potentielles sur l'ensemble du projet. La convention d'actionnaires va ainsi s'atteler à régler les conflits d'intérêts réels ou potentiels et toute concurrence à la société du projet (A), de même qu'elle organisera les modalités de cession des titres et de résolution de conflits entre actionnaires (B).

A- Traitement des conflits d'intérêts réels ou potentiels et non-concurrence

944. L'interdépendance contractuelle et structurelle du projet BOT emporte souvent, comme fatalement, des situations de conflits d'intérêts. Ainsi par exemple, lorsque la société du projet a ou est susceptible d'avoir un contrat avec l'un ou l'autre de ses actionnaires, les autres actionnaires peuvent être désireux d'exclure ce dernier du processus de décision que prendrait la société ou l'ensemble de ses actionnaires en rapport avec le contrat en cause²³⁹⁹. Toute la difficulté dans la rédaction de la clause de traitement des conflits d'intérêts réside toutefois dans la détermination du degré ou de l'intensité du conflit pouvant justifier l'exclusion d'un actionnaire du processus de conclusion ou de délibération d'un acte. M. Jeffrey Delmon estime par exemple que si la barre est placée trop bas, seuls les actionnaires non actifs dans le projet prendront des décisions ou agiront pour la société du projet, tandis que si la barre est fixée trop haut l'exercice manquera son objectif²⁴⁰⁰. Il se pourrait ainsi que la convention d'actionnaires doive établir des « murailles de Chine » dans les hypothèses où un des actionnaires risque de prendre part à des débats non en sa qualité d'actionnaire mais en qualité de contractant du projet²⁴⁰¹.

945. Par ailleurs, l'objectif essentiel du BOT est la réalisation harmonieuse et effective du projet en cause, ce qui implique une coopération exemplaire entre partenaires. Ceux-ci ne doivent dès lors rien entreprendre qui serait susceptible de faire obstacle à cet objectif ou le concurrencer. Ce dernier aspect est généralement renforcé par l'insertion, dans la convention d'actionnaires, d'une clause de non-concurrence visant à interdire à tout actionnaire d'entreprendre un quelconque projet concurrent à celui dont il s'est engagé à

the debt servicing will be paid. The balance will be divided between reserve funds within the project company, for various contingencies such as debt service, major maintenance and asset replacement, and disbursements to the shareholders”.

²³⁹⁹ Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit. p. 35; adde: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 187.

²⁴⁰⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 187.

²⁴⁰¹ Ibid. Selon cet auteur, “*In such a case, the relevant project participant shareholder should be excluded from any vote on the issue, including counting its presence or vote towards the creation of a quorum necessary to vote or the majority vote needed to take an action on the issue. This may also involve keeping certain information confidential from the relevant shareholder and limiting its management responsibilities either altogether or in relation to those issues relevant to the matter at hand*”.

la réalisation dans le cadre de la société du projet²⁴⁰². Une telle clause peut en outre être complétée par une clause de confidentialité, laquelle, en fonction de la nature du projet et de la technologie y impliquée, tendra à protéger les informations échangées dans le cadre du projet et à empêcher toute publicité sur la santé financière, les difficultés et différends éventuels au sein de la société du projet de sorte à permettre aux actionnaires de traiter aisément la situation et/ou de sauvegarder leurs intérêts²⁴⁰³. En définitive, le traitement des conflits d'intérêts ou encore les clauses de non-concurrence et de confidentialité tendent à assurer une coopération à la fois stable et équilibrée mais également dynamique. Tel est également le but que vise l'organisation des modalités de cession des titres de la société du projet et de la résolution de différends éventuels dans le cadre de celle-ci.

B- Organisation des modalités de cession des titres et de résolution des différends

946. Un des points usuels traités dans les conventions d'actionnaires concerne la cessibilité ou, plus précisément, les restrictions éventuelles à la cessibilité des titres de la société en cause, notamment à des tiers²⁴⁰⁴. Dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT précité, on relève que la société du projet ne demandait pas la garantie de ses dettes à ses actionnaires, mais ces derniers ne pouvaient céder librement leurs actions qu'après un délai de cinq ans à partir de la mise en service des ouvrages prévus à la Convention générale, sous réserve d'un droit de préemption au profit des autres actionnaires²⁴⁰⁵.

947. Dans le cadre d'un BOT, de telles restrictions constituent un moyen de protection de la société du projet de sorte à s'assurer que celle-ci parvienne à sa finalité sans souffrir de changements intempestifs dans sa structure et son fonctionnement²⁴⁰⁶. De plus, les restrictions à la libre cessibilité de tout ou partie des titres peuvent être la conséquence de la volonté de l'Etat d'accueil qui, comme nous l'avons vu, peut avoir formulé des exigences légales ou réglementaires quant à la participation des investisseurs locaux au capital de la société du projet. Toutefois, on a fait remarquer que la recherche de la cohésion du cercle des actionnaires, et de la stabilité de la société, porte en elle-même ses propres risques – celui de sclérose et celui de la « circulation des élites » – mais qu'en définitive, la liberté des parties de s'organiser sur le fondement d'une communauté de

²⁴⁰² Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 35. L'auteur indique toutefois que l'insertion de telles clauses doit se faire à la lumière du droit de la concurrence en vigueur aux lieux et moment de la réalisation du projet.

²⁴⁰³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 188. L'auteur précise par ailleurs que les informations échangées par les partenaires dans le cadre du projet peuvent être de nature sensible, surtout celles relatives aux pratiques commerciales et technologiques, alors même que ceux-ci sont concurrents sur d'autres marchés : la confidentialité permettra alors aux partenaires de coopérer étroitement, sans risque de sacrifier leur avantage compétitif pour des projets futurs.

²⁴⁰⁴ Pour M. Mike Henning par exemple, "*These types of agreements ensure that the company shares will remain in the hands of the family and not fall into the hands of outsiders*": M. Henning, "Shareholder help protect owners", op. cit. p. 14. Pour une présentation de telles clauses en droit belge, Cf. P. Van Ommeslaghe, « Les conventions d'actionnaires en droit belge », op. cit., p. 293-308.

²⁴⁰⁵ Cf. P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 834.

²⁴⁰⁶ En ce sens Philip R. Wood, *Law and practice of international finance. Project finance, securitisations, subordinated debt*, ed. 2007, op. cit., p. 35; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 189 où l'auteur cite comme exemples de restrictions: "(...) the national origin of the shareholders, the type and amount of experience a given shareholder must have or the financial solidity of a given shareholder. Often, the shareholders will not want shares to be transferred to competitors".

vues ou d'intérêts doit primer²⁴⁰⁷. Les restrictions à la libre cessibilité des titres de la société du projet se réalisent le plus souvent par le biais de clauses de préemptions insérées dans la convention d'actionnaires²⁴⁰⁸. Cette dernière pourra également prévoir les méthodes d'évaluation des titres de la société du projet en cas de cession²⁴⁰⁹ ou encore organiser le retrait éventuel d'un actionnaire.

948. D'un autre côté, même lorsque tous les mécanismes de gestion, de confidentialité, de traitement de conflits d'intérêts et autres ont été mis en place, des différends demeurent toujours susceptibles de survenir entre les actionnaires. Ceux-ci doivent par conséquent prévoir dans leur convention une méthode très flexible – en raison de la variété des différends susceptibles de naître et qui peuvent être d'ordre technique, commercial ou encore managérial – de résolution de différends qui surviendraient entre eux²⁴¹⁰. A cet effet, d'aucuns estiment que des experts spécialisés règlent souvent, avec une grande efficacité, les différends d'ordre technique tandis qu'il serait souhaitable de soumettre à l'arbitrage les différends d'ordre juridique ou commercial²⁴¹¹. En tout état de cause, du bon fonctionnement de la structure de portage du projet dépend presque entièrement le succès du projet et, partant, la mise en œuvre et la gestion des autres contrats matérialisant l'opération de BOT dont l'incontournable contrat de construction.

SECTION II : LE CONTRAT DE CONSTRUCTION

949. Le contrat de construction donne vie au projet BOT car c'est grâce à celui-ci que le constructeur va réaliser l'ouvrage projeté, conformément aux spécifications techniques et dans un délai déterminé, afin d'obtenir les performances contractuelles décidées par les partenaires²⁴¹². La phase de construction est toutefois considérée comme celle pendant laquelle le projet court le plus de risques dans la mesure où tout décalage, même infime, dans la durée ou le coût de la construction – voire dans les paramètres de quantité et de qualité nécessaires à l'exploitation – est susceptible de remettre en cause l'ensemble du projet²⁴¹³. On estime par conséquent que ce contrat en théorie très simple apparaît particulièrement compliqué en pratique²⁴¹⁴. Il doit en effet définir les responsabilités du constructeur et de la société du projet et encadrer leurs rapports pendant la phase délicate

²⁴⁰⁷ G. Parleani, « Les pactes d'actionnaires », op. cit., p. 1 où l'auteur précise que les techniques contractuelles peuvent alors devenir des instruments de domination ou de rivalité, tandis que la gestion ou le pouvoir peuvent être quant eux confisqués.

²⁴⁰⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 189.

²⁴⁰⁹ M. Henning, "Shareholder help protect owners", op. cit., p. 14: "Will the method be a bona fide business arrangement, asset sale, book value, income stream or a formula based on the financial statement determined by an independent outside appraiser?"

²⁴¹⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 190.

²⁴¹¹ Ibid.

²⁴¹² En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 165. Pour une vue générale du contrat de construction, Cf. Panayotis Glavinis, *Contrat international de construction*, Paris, G.L.N. Joly, 1993 ; *adde* : A. Brabant, *Le contrat international de construction*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

²⁴¹³ Pour M. Jean-Marc Loncle par exemple, les promoteurs du projet ayant établi leur business plan en fonction d'un coût de construction prédéterminé, avec une prévision de rentrée de recettes à compter d'une certaine date, si les coûts de construction dérapent, se pose rapidement la question du financement des surcoûts : J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 951 ; *adde* dans le même sens : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 245.

²⁴¹⁴ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 94; *adde*: J.D. Macomber, "You can manage construction risks", op. cit., p. 155 ainsi que l'exemple instructif présenté par l'auteur. Pour celui-ci (p. 157), "Construction is a confusing process governed by complicated contracts and involving complex relationships in several tiers. The customer is really buying a service, not a product".

de construction²⁴¹⁵. Le succès de cette phase dépend de l'étroite coopération entre la société du projet ainsi que les autres partenaires et le constructeur, de sorte que l'approche de la construction adoptée dans le cadre du BOT rompt avec l'approche classique. Ainsi, le contrat de construction en BOT donne lieu à une organisation projet globale et coopérative (sous-section 1), étant entendu qu'il est par ailleurs le point de cristallisation et de transfert de nombreux risques et responsabilités (sous-section 2).

Sous-section 1 : Le contrat de construction impose une organisation projet globale et coopérative

950. Les contrats de réalisation d'ensembles industriels ou d'infrastructures des années 1970-1980 ont très souvent consacré l'omnipotence des maîtres d'ouvrage – généralement un partenaire public de l'Etat d'accueil – face à des partenaires privés désireux de consentir des sacrifices pour emporter le marché, tandis que les prêteurs ne jouaient qu'un rôle secondaire dans le processus²⁴¹⁶. Il en est souvent résulté une attitude conflictuelle caractéristique d'une relation basée sur un rapport de forces (de négociation) préjudiciable à la réussite des projets dont la mise en œuvre requiert que soient impérativement réparties les tâches de conception, de fourniture de matériaux et d'équipements, de réalisation de travaux civils de construction ainsi que des essais. Le BOT adopte une approche différente et implique une organisation projet globale et coopérative qui consiste à placer la conception et la construction de l'ouvrage entre les mains d'un contractant unique (I) tout en organisant par ailleurs des mécanismes de coordination et d'incitation pour assurer que l'objectif global soit atteint (II).

I- L'approche unitaire conception-construction

951. Dans l'approche traditionnelle de réalisation d'ensembles industriels ou d'infrastructures sus-évoquée, la conception est en principe l'œuvre du maître d'ouvrage²⁴¹⁷. Les architectes et experts de ce dernier vont en effet concevoir totalement le projet tandis que le rôle du constructeur se bornera à l'exécution de ce qui a ainsi été conçu²⁴¹⁸. L'approche BOT, dont l'envergure et la complexité des projets exigent comme nous l'avons vu une combinaison de compétences spécifiques, impose par contre une vision unitaire de la conception et de la construction. De fait, l'approche unitaire conception-construction permet un effort coordonné du concepteur et du constructeur susceptible d'accélérer la compréhension et de faciliter la construction dès lors que le concepteur tiendra compte des observations du constructeur dès l'étape préliminaire de la conception, tandis que le concepteur intégrera les méthodes, techniques et spécialités (des sous-contractants notamment) du constructeur dans la conception²⁴¹⁹.

²⁴¹⁵ Sur les sept étapes de l'analyse et de la gestion des risques de construction, Cf. J.D. Macomber, "You can manage construction risks", op. cit., p. 157-165.

²⁴¹⁶ Cf. en ce sens B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », in RDAI n° 4/5, 1998, p. 406.

²⁴¹⁷ Pour une vue générale et critique sur l'évolution des approches de conception et de construction, Cf. C. Midler, « Evolution des modèles d'organisation et de régulations économiques de la conception », in Problèmes économiques, n° 2.558, mars 1998, p. 25-29.

²⁴¹⁸ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 95; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 194.

²⁴¹⁹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 193-194. L'auteur ajoute par conséquent que: "This familiarity is likely to help to identify critical flaws in the design at an early stage, facilitating avoidance or mitigation of such flaws during construction when such action is more effective".

952. Il arrive même parfois que l'opérateur soit, dans le but d'accroître l'efficacité de l'exploitation du projet, associé à la phase de conception-construction²⁴²⁰. Ceci semble d'autant plus nécessaire que l'on observe que la relation entre le constructeur et l'exploitant doit faire l'objet d'une grande attention car, de nombreux problèmes se posent lors des essais ou des réceptions (Cf. *infra* n^{os} 987 et 988 pour les précisions sur ces notions) des constructions²⁴²¹. De même, il peut s'avérer nécessaire d'associer l'acheteur (« offtake purchaser ») à la phase de conception-construction, notamment dans l'hypothèse où une connexion doit être établie entre le projet envisagé et les infrastructures de l'acheteur – le point de connexion impliquant une interface technique²⁴²² – ce dernier partageant alors le risque de performance avec le constructeur²⁴²³.

953. La société du projet est en principe maître d'ouvrage du BOT²⁴²⁴ et déléguera généralement la responsabilité de la conception et de la construction du projet au constructeur (ou au consortium de constructeurs)²⁴²⁵. Une telle approche unitaire conception-construction tend à prévaloir dans les appels d'offre de réalisation de grandes infrastructures sur les marchés internationaux²⁴²⁶, même si elle présente l'inconvénient de faire de la conception une œuvre de compromis – devant satisfaire aux exigences et goûts de chacun des partenaires impliqués voire de la société civile ou de la population locale – et consommatrice de temps. Toutefois, une telle internalisation des exigences et goûts de toutes les parties prenantes peut constituer une véritable force pour cette approche²⁴²⁷. De

²⁴²⁰ Cf. Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis in R. Huijbregts (ed.), *Case studies on Build Operate and Transfer*, Delft, Delft University of Technology, 1996, op. cit., p. 21 où les auteurs affirment: “*The participation of the operator can become very important in design. In the Plymouth County Correctional Facility project, the facility was designed with the wardens in the center of the building to control the whole facility from that site. Such a design required less guards and resulted to a more effective and efficient operation. The active participation of the operator in the BOT projects is quite innovative and facility operators should be seen as potential consultants for traditional projects as well*”. (C’est nous qui soulignons pour démontrer le rôle éventuel de modèle du BOT). Pour d’autres auteurs par ailleurs, unir construction et exploitation est une question d’efficacité qui permet d’internaliser certains coûts et d’inciter à prendre en compte, dès la construction, les exigences de qualité requises pour le projet : E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 44.

²⁴²¹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 201 qui précise que: “*This may involve extensive contact between the operator and the construction contractor, meriting a separate regime for management and sharing of risk*”.

²⁴²² Il peut alors s’avérer nécessaire soit de synchroniser les constructions, soit de rendre des systèmes différents compatibles : Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 168.

²⁴²³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 202; *adde*: P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d’électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 438 où l’auteur affirme que, dans le cadre de la production indépendante d’électricité, le contrat de vente d’électricité apparaît stratégique car il organise la répartition des obligations relatives à la conception et à la mise en service du projet ainsi que celles liées à son exploitation.

²⁴²⁴ En pratique cependant, maîtrise d’ouvrage et maîtrise d’œuvre relèvent de la compétence du *project manager* comme il sera analysé *infra*.

²⁴²⁵ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 191. Pour Menheere et pollalis, “*The architect usually works for the contractor under a design-build contract between the concessionaire and the contractor. During the preliminary study, however, the principal has already commissioned an initial design as a part of the feasibility study and to obtain the necessary permits. Therefore, the architect hired by the principal will transfer work to the architect hired by the contractor. In some cases, the architect representing both parties is the same*”: Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis in R. Huijbregts (ed.), *Case studies on Build Operate and Transfer*, op. cit., p. 21.

²⁴²⁶ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 95.

²⁴²⁷ En ce sens Cf. Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis in R. Huijbregts (ed.), *Case studies on Build Operate and Transfer*, op. cit., p. 21 qui relèvent par exemple que: “*The participation of many opposition and*

plus, l'approche unitaire conception-construction est également censée permettre une réalisation rapide du projet dans la mesure où, la combinaison de ces deux phases en une seule offre la possibilité de procéder en « fast-track » c'est-à-dire de commencer les travaux avant que la conception de l'ensemble du projet soit terminée²⁴²⁸. Ce procédé en « fast track » fait cependant l'objet de critiques sévères, comme déjà indiqué dans notre propos introductif, notamment en ce qu'il peut en résulter un coût global excessif du projet, une incitation à la corruption, mais surtout de nombreux litiges²⁴²⁹.

954. D'un autre point de vue, la délégation opérée par la société du projet au constructeur comporte quelques inconvénients, notamment en ce qui concerne de la supervision de la conception et de la construction²⁴³⁰. Mais, elle ne signifie nullement un retrait de la société du projet de la mise en œuvre de celui-ci puisque, ensemble avec les prêteurs, elle contribuera à renforcer la coopération avec le constructeur en participant à l'adoption des mécanismes de coordination et d'incitation qui permettront que l'objectif global soit atteint.

II- Instauration de mécanismes de coordination et d'incitation : quête d'une coopération effective

955. L'approche unitaire conception-construction ne constitue pas une panacée²⁴³¹, raison pour laquelle les partenaires – notamment prêteurs et partenaire public – vont tenter de renforcer leur coopération avec le constructeur²⁴³². Ils vont dès lors instaurer des mécanismes de coordination (A) (tant procéduraux que par objectifs ou résultats) et

environmental parties is often seen as an inconvenience because of design modifications and eventual delays. However, in the Strait Crossing Bridge case, due to the special attention given to the design of the pillars, because of the involvement of these groups, the ice flow during the long winters does not interrupt the ecology of the area”.

²⁴²⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 196.

²⁴²⁹ En ce sens Cf. J. Dorter, « Construction contracts – Past present and future », 10 BCL, 1994, p. 239 cité par P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers”, op. cit., p. 11; *adde*: J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », in R.I.D.C., 1995, n°2, p. 405. L'auteur affirme que dans le cadre du projet du tunnel sous la Manche, la consultation lancée par les gouvernements français et anglais n'avait duré que cinq mois. Par conséquent, l'ouvrage n'était que très sommairement défini de sorte qu'à son estime, l'objet de l'un des plus importants contrats de construction jamais signés restait largement indéterminé. Pour M. André Brabant, en raison du procédé en « fast track », les travaux sont même parfois entamés avant l'achèvement des études de faisabilité, voire même avant la mise au point d'un avant projet détaillé, ce qui a pour conséquence de gonfler les prix et d'inciter à la corruption, ce qu'éviterait une procédure normale ouverte à la concurrence : A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-Mer*, tome II op.cit., p. 239 et 289-290 ainsi que les références citées.

²⁴³⁰ Cf. en ce sens D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 465.

²⁴³¹ Pour une critique de ce modèle Cf. C. Midler, « Evolution des modèles d'organisation et de régulations économiques de la conception », op. cit., p. 26 où l'auteur affirme que ces critiques peuvent se résumer en trois points : (i) les limites d'une vision purement contractuelle de la coordination de la conception, (ii) les problèmes de coupure maîtrise d'œuvre-maîtrise d'ouvrage et, (iii) l'économie de la production des connaissances incorporées dans les conceptions. Il sera toutefois démontré dans les lignes suivantes que le BOT tend à surmonter l'ensemble de ces critiques.

²⁴³² La grande force de cette approche, estime-t-on, est de construire un cadre relationnel standardisé, permettant à des opérateurs variés de coopérer dans des conceptions singulières, même s'ils ne parlent pas la même langue, ne maîtrisent pas les mêmes techniques, n'ont pas d'expérience de collaboration passée ni des perspectives communes : C. Midler, « Evolution des modèles d'organisation et de régulations économiques de la conception », op. cit., p. 26.

d'incitation (B) afin que la construction soit réalisée selon les spécifications convenues, à temps et dans les limites du budget préalablement défini.

A- La coordination de la construction : ensemblier (« project manager ») vs. ingénieur/expert indépendant (« independent engineer »)

956. La coordination du processus de construction est cruciale dans tout projet BOT. Comme le relève par exemple un auteur: *“Without coordination, risks of construction delays and cost overruns increase. In addition, without coordination, each contractor can place blame on the other for delays or cost overruns”*²⁴³³. On ne peut mieux souligner le rôle fondamental de la coordination dans la phase de construction du BOT. En pratique, une telle coordination repose sur un ensemblier (« project manager ») dont les caractères généraux de la mission (1) ainsi que la délicate responsabilité (2) méritent d'être examinés. Ce dernier doit souvent composer avec un ingénieur ou expert indépendant (3), lequel assure une certaine surveillance pour le compte du partenaire public et/ou des prêteurs.

1- Caractères généraux de la mission du « project manager »

957. Sous un angle fonctionnel, la réalisation d'un ensemble industriel ou d'une infrastructure s'analyse comme le résultat final de la mise en œuvre plus ou moins successive ou simultanée d'un ensemble de fonctions : de recherche, de négociation et d'obtention d'un marché, financière, d'ingénierie, de détention de *process*, de fourniture d'équipements, de travaux (génie civil, montage), de formation, de commercialisation (éventuelle)²⁴³⁴. Comme le relève un auteur, *« construction contract requires extraordinary skill in planning, organizing and coordinating actions to be performed simultaneously or consequently by the contractor, the subcontractor, the employer, the engineer and the architect. As the completion of construction contract takes time, coordination between contractor and employer and headquarters and the often distant construction sites, is subject to various changes of circumstances and needs which may arise »*²⁴³⁵. Par ailleurs, on estime qu'en général, *« le preneur manque souvent de l'information et de la capacité technique lui permettant d'apprécier en toute connaissance de cause l'objet de la transaction »*²⁴³⁶. Il souhaitera alors désigner – par le jeu de la concurrence internationale – un interlocuteur unique à même de remplir la fonction d'ensemblier. Ce dernier a en effet la maîtrise de la réalisation du projet, pris comme une unité, sans pour autant qu'il soit nécessaire qu'il effectue personnellement toutes les opérations²⁴³⁷. L'ensemblier conserve par conséquent une vision panoramique, la haute main sur le tout ainsi que la maîtrise de l'entier projet²⁴³⁸.

²⁴³³ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 169.

²⁴³⁴ H. Lesguillons (dir.), « Les contrats industriels », in *Lamy contrats internationaux*, Lamy S.A., juin 2005, introduction.

²⁴³⁵ M. Bühler, « Technical expertise : an additional Means for Preventing or Settling Commercial Disputes », in *Journal of International Arbitration*, vol.6, n° 1, 1989, p.138, cité par D. Matray et F. Vidts, « Les clauses d'adaptation de contrats », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, FEDUCI, 55^{ème} Séminaire de la Commission droit et vie des affaires (CDVA), Bruxelles 11 et 12 mars 2005, Bruylant, 2005, p.157-158.

²⁴³⁶ Congrès ONUDI, « Fossé technologique », cité par H. Lesguillons, « Les contrats industriels » op. cit., n°1.

²⁴³⁷ A titre d'illustration, on relève que la sous-traitance aurait représenté, en valeur, près de 70% des marchés dans le cadre du projet Eurotunnel : Cf. J. Morand-Deville, « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », in *Les Petites Affiches*, sept. 1995, n° 113, p. 8.

²⁴³⁸ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », in *Jurisl. Contrats de distribution*, Fasc.1830, mai 2000, p.12.

958. Dans les contrats internationaux, l'ensemblier est souvent dénommé *project manager*. Le concept de *project management* – qui consiste en des méthodes de gestion et de planning – serait quant à lui né et a évolué grâce à la société américaine *Bechtel*²⁴³⁹. Selon un auteur, le rôle du *project manager* – qu'il qualifie directeur de projet – s'est d'abord défini comme une mission de coordination des expertises mobilisées dans la conception, puis son périmètre et son statut se sont renforcés de sorte qu'il a désormais une responsabilité globale sur tout ce qui peut affecter le projet dans son cycle général : le *project manager* a par conséquent simultanément la définition des objectifs (maîtrise d'ouvrage) et de leur mise en œuvre (maîtrise d'œuvre)²⁴⁴⁰. Cette importante fonction de coordination globale n'a certainement pas été mise en œuvre ou comprise dans le cadre du projet Eurotunnel puisqu'on souligne que l'exécution du contrat de construction a révélé la faiblesse du promoteur du projet – i.e. la société Eurotunnel – par rapport aux constructeurs et que deux faiblesses intrinsèques pouvaient être signalées : d'une part, une mauvaise hiérarchisation des rôles entre donneurs d'ordre et exécutants, et, d'autre part, une imbrication des rôles entre maître d'ouvrage, maître d'œuvre, entrepreneurs²⁴⁴¹. De par sa mission de coordination, de supervision et de direction des opérations voire dans certains cas de réalisation d'une partie des travaux et fournitures, il pèse sur l'ensemblier une lourde responsabilité.

2- Responsabilité du « project manager »

959. Dans de nombreux contrats globaux tels le BOT, le client et/ou l'Etat d'accueil²⁴⁴² se trouvent très souvent en position d'infériorité économique et technique. Ceux-ci vont chercher à compenser cette infériorité en faisant jouer la concurrence internationale, mais surtout en imposant au fournisseur des contraintes qui vont alourdir la responsabilité et les risques qui pèsent sur ce dernier²⁴⁴³. La responsabilité de l'ensemblier porte en principe sur l'ensemble de l'installation car, affirme-t-on, à mission d'ensemble, responsabilité de l'ensemble²⁴⁴⁴. Dès lors que l'ensemblier s'est engagé à mener à bien une installation de sa conception à sa réalisation, même en sous-traitant certains aspects à d'autres entreprises, il conserve la responsabilité de l'ensemble et de tous, quitte à se retourner contre les autres intervenants dont les fautes seraient à l'origine du dommage²⁴⁴⁵. Pour cette raison, une étude de cas démontre que dans la plupart des projets une approche conservatrice de la conception et de la construction du projet est souvent adoptée, d'autant plus qu'en vue de réduire les coûts, seules les méthodes de conception et de construction éprouvées sont utilisées et les idées et méthodes innovantes ne le sont que dans la mesure où elles rendraient les constructions plus rentables sur le long terme²⁴⁴⁶.

²⁴³⁹ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-Mer*, tome II, op. cit., p. 542-543. Sur la nature juridique et les implications des contrats de *project management* ; Idem, p. 564 -566.

²⁴⁴⁰ Cf. en ce sens C. Midler, « Evolution des modèles d'organisation et de régulations économiques de la conception », op. cit., p. 27-28.

²⁴⁴¹ J. Morand-Deville, « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », op. cit. p. 8 où l'auteur affirme qu'à cet égard, l'indépendance du maître d'œuvre est un leurre.

²⁴⁴² Sur les difficultés spécifiques pouvant résulter de la qualité d'Etat d'un cocontractant, Cf. C. Popesco, « Les contrats 'clefs en main'. Dangers – 'Destabilisation' », in DPCI, 1980, Forum, p. 105-110.

²⁴⁴³ H. Lesguillons, « Les contrats industriels » op. cit., n°1.

²⁴⁴⁴ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation » op. cit., p.12 ; *adde* dans le même sens : C. Midler, « Evolution des modèles d'organisation et de régulations économiques de la conception », op. cit., p. 28.

²⁴⁴⁵ V. cependant sur les dérives du *project management* (en Angleterre notamment) ayant conduit à une dilution des responsabilités du *project manager*, A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-Mer*, tome II, op. cit. p. 547-558. Il semble par ailleurs, selon cet auteur, que la jurisprudence américaine conçoit le « turnkey contract » comme ayant pour effet principal de permettre au maître de l'ouvrage de se retourner contre l'entrepreneur en cas de défaut du « design » (V. p. 559 ainsi que toutes les jurisprudences citées).

²⁴⁴⁶ En ce sens Sebastiaan C.M. Menheere and Spiro N. Pollalis in R. Huijbregts (ed.), *Case studies on Build Operate and Transfer*, op. cit., p. 21; *adde*: P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production

960. Selon le Professeur Le Tourneau, il pèserait sur l'ensemblier une obligation de résultat dès lors qu'il a eu effectivement la maîtrise de l'ensemble du projet : le maître de l'ouvrage n'a par conséquent pas à déterminer la faute à l'origine de la défaillance, ni son auteur car le maître d'œuvre est responsable de tout et de tous²⁴⁴⁷. L'ensemblier ne peut se décharger qu'en prouvant qu'une cause étrangère, une circonstance constitutive de force majeure (telle la faute du maître d'ouvrage ou celle d'un tiers sur lequel l'ensemblier n'avait aucune prise) l'a empêché d'atteindre le résultat promis²⁴⁴⁸. Toutefois, certaines clauses viendront parfois atténuer la responsabilité de l'ensemblier : ainsi la clause rappelant de minimiser le dommage²⁴⁴⁹, la clause de pénalités²⁴⁵⁰ ou encore les clauses limitatives de responsabilité, temporelle ou quantitative, mais dont l'efficacité dépend de la loi applicable au contrat en cause²⁴⁵¹.

961. En tout état de cause, la responsabilité de l'ensemblier est à ce point lourde qu'on recommande à ce dernier, d'une part, de ne s'engager dans un tel contrat qu'après une sérieuse étude de ses risques juridiques et fiscaux,²⁴⁵² et d'autre part, de respecter une stricte cohérence dans le montage juridique et financier²⁴⁵³. En effet, si les partenariats sont en pratique intéressants sur les plans technique, humain et opérationnel, ils peuvent néanmoins s'avérer délicats et dangereux aux plans juridique et financier. Il peut par exemple se révéler impossible, en cas d'accident, de contre-performances ou de défauts sur un équipement monté en commun, de déterminer les responsabilités. Est cité à cet égard l'exemple d'un contrat de partenariat – dans lequel le client et non l'entrepreneur était responsable de la construction d'une centrale thermique – qui a donné lieu à de violents litiges aux plans contractuel et délictuel, avec accusation de fraude et de dol²⁴⁵⁴. Une solution à ces difficultés consiste souvent à désigner un ingénieur ou expert indépendant pour assurer une certaine supervision des activités du constructeur.

3- La « supervision » de l'ingénieur/expert indépendant

962. En raison de la relative perte de contrôle sur le projet qu'entraîne l'approche conception-construction, les prêteurs ainsi que le partenaire public désignent généralement un ingénieur/expert ou consultant indépendant dans le but d'assurer un certain monitoring du

indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 449 où l'auteur indique que dans le cadre de la production indépendante d'électricité, les partenaires choisissent des solutions techniques éprouvées et sélectionnent des fournisseurs et constructeurs réputés.

²⁴⁴⁷ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op.cit., p.15 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 195.

²⁴⁴⁸ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op.cit., p. 12-13 ainsi que toutes les références jurisprudentielles et doctrinales citées.

²⁴⁴⁹ Sur cette notion, Cf. Y. Derains, « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », in RDAI, 1987, p. 380 et s.

²⁴⁵⁰ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation » op. cit., p.13 où l'auteur affirme que cette clause est fréquente dans les contrats d'ensemblier et que le forfait retenu doit être suffisamment élevé de sorte à inciter le maître d'œuvre à la vigilance et à la diligence.

²⁴⁵¹ Cf. Ph. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2000, n°1176 et s. Sur les limites de ces clauses d'exonération de responsabilité en droit comparé, Cf. A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-Mer*, tome II op. cit., p. 561-564.

²⁴⁵² Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 12.

²⁴⁵³ H. Lesguillons, « Les contrats industriels », op. cit., n° 31 qui propose trois conditions que tout montage contractuel devrait absolument respecter à savoir : (i) couvrir par un ou plusieurs contrats toutes les tâches ou étapes ; (ii) ne couvrir aucune tâche par deux contrats et (iii) faire en sorte que toutes les tâches soient supervisées par l'autre partie ou par une société d'ingénierie.

²⁴⁵⁴ Pour les détails de cette affaire Cf. Rec. sentence arb. CCI, n° 6320, 1992, tome III, p. 336 et s. cité par H. Lesguillons, « Les contrats industriels », op. cit., n° 31.

projet²⁴⁵⁵ (Cf. *supra* n^{os} 575 à 579 sur le monitoring des prêteurs et du partenaire public). Trois raisons au moins, peuvent justifier un tel monitoring :

- (i) l'approche unitaire conception-construction transfère, comme sus-analysé, la coordination du projet au « project manager » de sorte qu'il peut en résulter pour la société du projet, d'une part en ce qui concerne la construction du projet, une perte du suivi de celui-ci au jour le jour et, d'autre part en ce qui concerne la conception, une diminution de sa compréhension des procédés utilisés pour réaliser le projet²⁴⁵⁶ ;
- (ii) d'un autre côté, on relève que l'autorité concédante aura souvent du mal à abandonner ses anciennes prérogatives de maître de l'ouvrage pour se contenter de celles de simple bailleur de licence éventuellement propriétaire à terme de l'ouvrage et vérificateur du respect, par la société du projet, des grandes lignes du cahier des charges de la concession sans avoir la maîtrise de la conception et du contrôle au jour le jour de la construction jusqu'à son achèvement²⁴⁵⁷ ;
- (iii) dans la mesure où certains des promoteurs du projet, par ailleurs actionnaires de la société du projet, seront des constructeurs ou fournisseurs du projet, il se pourrait que ces promoteurs-constructeurs/fournisseurs soient davantage motivés par l'opportunité de réaliser des marges commerciales à court terme que par la perspective de gain d'exploitation sur les moyen et long termes²⁴⁵⁸.

963. Pour toutes les raisons précitées, prêteurs (et autres investisseurs) et partenaire public²⁴⁵⁹ recruteront généralement un ingénieur/expert indépendant dont la mission va consister à évaluer les travaux et procéder aux différents essais nécessaires à chaque stade prédéterminé de la construction²⁴⁶⁰. L'observation révèle en effet que les prêteurs, à grand renfort d'experts techniques et financiers, s'assureront que le contrat de construction a été négocié aux conditions du marché (« at arms length ») – même si le concessionnaire et le constructeur ne sont pas totalement indépendants – et veilleront notamment à ce que les contraintes qui pèsent sur le constructeur soient suffisantes pour garantir le respect des coûts et des délais ainsi que la bonne fin de la construction²⁴⁶¹.

²⁴⁵⁵ L'UNIDO affirme en effet que: "While the project company may propose a particular contracting strategy, it is often the requirements of the lenders and the host government that dictate the project procurement strategy and the minimum terms in the contract": UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 249.

²⁴⁵⁶ C'est probablement pour ces raisons qu'on a relevé dans le cadre du projet Eurotunnel, plusieurs interventions de la société du projet (i.e. Eurotunnel) : Cf. J. Morand-Deville, « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », op. cit., p. 7 où l'auteur affirme que les interventions fréquentes d'Eurotunnel ont perturbé la gestion du projet, en introduisant des aléas permanents dans la conception.

²⁴⁵⁷ Cf. en ce sens B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 406. Pour l'UNIDO par contre, "(...) the host government also has an interest in how risk is managed. There may well be a political and other consequences of delay in the construction of an infrastructure project": UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 245.

²⁴⁵⁸ B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 407 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 249 où il est précisé que compte doit être tenu de tels conflits d'intérêts et que les risques doivent être répartis en conséquence, dès les négociations préliminaires.

²⁴⁵⁹ Ainsi par exemple, dans le cadre du projet Eurotunnel, l'article 10 du traité bilatéral concernant la construction et l'exploitation de la « liaison fixe trans-Manche » prévoyait la création d'une commission intergouvernementale (CIG) chargée de suivre, sur délégation des gouvernements français et anglais, l'ensemble des questions liées à la construction et à l'exploitation de la liaison fixe. Cette commission était assistée d'un comité de sécurité (article 11 du traité) en charge des aspects techniques.

²⁴⁶⁰ On estime alors que l'ingénieur ainsi désigné devra jouir non seulement d'une expertise, mais également d'une grande expérience: J.D. Macomber, "You can manage construction risks", op. cit., p. 165.

²⁴⁶¹ B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 407-408; *adde*: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 100 où l'auteur

964. La « supervision » de l'ingénieur indépendant devra toutefois faire l'objet d'une définition et de procédures précises. A cet égard, M. Jeffrey Delmon affirme que la définition de la « supervision » fera généralement l'objet de négociations houleuses entre les parties dans la mesure où, aussi bien la société du projet, le partenaire public que les prêteurs voudront garder un certain contrôle sur le processus de construction du projet, tandis que le constructeur souhaitera éviter toute interférence extérieure²⁴⁶². L'approche unitaire ne fait en effet pas disparaître les notions de finalisation par objectif ou d'engagement de la responsabilité sur un résultat, toutes choses essentielles au BOT. Néanmoins, l'intensité et les méthodes de supervision sont fonction des modalités de prix retenues par les parties à savoir forfait, dépenses contrôlées ou prix maximum garanti²⁴⁶³. Ces modalités de paiement ont par ailleurs une forte influence sur la répartition des risques de construction entre parties prenantes²⁴⁶⁴, même si l'on fait remarquer que le coût du contrat de construction ne devrait plus être un critère déterminant du choix du promoteur dans les opérations BOT²⁴⁶⁵.

965. En définitive, la « supervision », souvent perçue par le constructeur comme une ingérence, est susceptible de générer des conflits de coordination si elle n'est pas rigoureusement encadrée²⁴⁶⁶. Toutefois, son objectif essentiel vise à renforcer la coopération entre les partenaires – en réduisant notamment les occasions de litiges²⁴⁶⁷ – lesquels doivent échanger en permanence sur et dans l'intérêt du projet. En dépit de tous ces mécanismes de coordination, des risques de défaillances du constructeur subsistent et, outre la proposition selon laquelle les parties à l'opération BOT pourraient adopter les conditions du contrat-type FIDIC relatif aux opérations clés en main²⁴⁶⁸, l'instauration des mécanismes d'incitation (qui comprennent une part de monitoring) s'avère nécessaire.

B- Mécanismes d'incitation

966. Les mécanismes d'incitation doivent en principe permettre aux partenaires d'éviter l'approche patrimoniale qui a souvent prévalu dans la réalisation de grands projets publics et consistant à faire réaliser les plus belles choses possibles, à la pointe de la technique et satisfaisant la fierté des ingénieurs et des pouvoirs publics, sans nullement se préoccuper

précise par ailleurs que: *“Not surprisingly, banks (through their technical advisers) subject the description of any milestones and the width of any payment envelope to considerable scrutiny. They are generally concerned to ensure that stage payments are only made against true value on site”*.

²⁴⁶² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 198.

²⁴⁶³ J.D. Macomber, “You can manage construction risks”, op. cit., p. 165. Le risque est par exemple grand qu'un constructeur payé au forfait soit incité à établir une conception bas de gamme en vue d'économiser sur les coûts et d'augmenter proportionnellement son profit.

²⁴⁶⁴ P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers”, op. cit., p. 11.

²⁴⁶⁵ B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 409. L'auteur précise toutefois que le prix du contrat de construction n'est pas indifférent dans la mesure où il conditionnera pour partie le prix ou tarif du service mais également le montant de la dette et des apports en capital.

²⁴⁶⁶ M. Bruno de Cazalet affirme ainsi que l'expérience prouve que quel que soit le contrat de construction signé, aussi parfait soit-il, des risques de dépassement de coût et de délai existent et qu'il est très difficile tant pour le concessionnaire que pour le concédant de s'abstenir d'une ingérence au stade de la conception ou de la construction : B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 414.

²⁴⁶⁷ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 105: *“The point of involving such a professional as an independent adjudicator is to minimize the possibility of disputes”*.

²⁴⁶⁸ En ce sens, D. Matray et F. Vidts, « Les clauses d'adaptation de contrats », op. cit., p.157-162 ; *adde* : B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 412 pour qui le recours à des modèles de contrat internationalement reconnus devrait être de nature à apporter une certaine sécurité juridique dans les relations entre les nombreux intervenants dans les financements de projet.

des risques de surcoûts et de retard. Or, affirme-t-on, “*For a BOT project, as for any complex construction project, the discipline of scheduling is at the heart of budgetary control*”²⁴⁶⁹. Dès lors, certains mécanismes d’incitation sont destinés au constructeur (1) tandis que d’autres sont, à travers la société du projet, destinés aux promoteurs (2).

1- Mécanismes d’incitation destinés au constructeur : garanties, pénalités de retard, bonus d’achèvement anticipé et rétention de paiements

967. Les garanties d’achèvement voire de disponibilité ont été déjà analysées (Cf. *supra* n^{os} 881 à 884). Pour rappel, prêteurs et partenaire public vont s’assurer que les promoteurs délivrent à leur profit, généralement par le biais des constructeurs, une garantie technique d’achèvement (« performance bond ») ainsi qu’une garantie de disponibilité (performance/qualité). Dans cette dernière hypothèse, le contrat de construction devra prévoir les paramètres de quantité et de qualité nécessaires à l’exploitant pour remplir ses obligations au titre de contrat d’exploitation (par exemple, capacité à produire x milliers de m³ d’eau/jour)²⁴⁷⁰.

968. A côté des différentes garanties, des pénalités de retard ou des bonus d’achèvement anticipé sont généralement prévus et sont applicables au constructeur. Pour l’IFC par exemple, “*Project companies hedge construction risk primarily by using fixed-price, certain-date construction contracts (including turnkey contracts), with built-in provisions for liquidated damages if the contractor fails to perform, and bonuses for better than expected performance*”²⁴⁷¹. Les pénalités de retard ainsi que les bonus d’achèvement anticipé ont été longuement évoqués (Cf. *supra* n^{os} 772 à 774). Pour rappel, dans la mesure où un achèvement anticipé des travaux est profitable à la société du projet (par exemple lorsqu’une commercialisation anticipée des produits en résulte), le constructeur pourra recevoir un bonus d’achèvement anticipé²⁴⁷². A l’inverse, une clause pénale correctement rédigée pourrait, tout en déterminant les conséquences financières d’un retard, être suffisamment incitative pour le constructeur de sorte à le contraindre à terminer les travaux à temps²⁴⁷³.

969. Bien plus, la rétention de paiements peut parfois être pratiquée par la société du projet²⁴⁷⁴. En effet, lorsque celle-ci constate que l’évolution des travaux est insuffisante pour satisfaire aux exigences du planning établi dans le contrat de construction, elle peut procéder à une rétention des paiements dus au constructeur²⁴⁷⁵. Une telle rétention, qui n’est pas sans inconvénient pour les partenaires, devra toutefois être proportionnelle à la valeur des travaux prévus et non réalisés ou au dommage (potentiel) dont pourrait souffrir

²⁴⁶⁹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 250.

²⁴⁷⁰ En ce sens, J.-M. Loncle « Grands projets d’infrastructures: le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 958; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 251 où il est précisé que: “*A quality assurance procedure should be described in the construction agreement. The standard of quality expected should be clearly defined and the design parameters set out in a functional specification*”.

²⁴⁷¹ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 42.

²⁴⁷² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 211.

²⁴⁷³ Ibid. p. 210. M. Vinter remarque toutefois que: “*Contractors will usually say that a construction contract without delay liquidated damages will be cheaper than one with delay liquidated damages. To the extent this is true, the contractors are clearly charging the employer a premium for taking on what they perceive (or allege) to be additional risk*”: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 99.

²⁴⁷⁴ L. Vandomme, « *To time, to budget, to specification*’: l’allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 891-892. L’auteur précise toutefois que la rétention du prix peut être remplacée par la fourniture d’une garantie.

²⁴⁷⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 209.

la société du projet du fait du retard²⁴⁷⁶. De même, dès lors que le contrat prévoit les étapes clés de la construction qui, une fois réalisées et réceptionnées, donneront lieu au paiement d'acomptes par le maître d'ouvrage, un pourcentage de chaque acompte pourra également être versé sur un compte séquestre, ce montant séquestre étant versé au constructeur lors de la réception finale de l'ouvrage par la société du projet²⁴⁷⁷. Toutefois, des garanties bancaires peuvent être émises par les constructeurs en lieu et place des rétentions, ce qui aboutit au même résultat recherché par les rétentions tout en ayant l'avantage de ne pas perturber la trésorerie des constructeurs²⁴⁷⁸. De plus, à côté de ces mécanismes d'incitation destinés au constructeur, s'ajoutent ceux destinés aux promoteurs, dans une sorte de parallélisme coopératif.

2- Mécanismes d'incitation destinés aux promoteurs du projet : garanties et injections d'argent frais

970. Les prêteurs et partenaire public comme nous l'avons vu vont s'assurer que les promoteurs délivrent à leur profit les garanties usuelles (Cf. *supra* n 879 à 885). En effet, les promoteurs sont souvent constructeurs ou font partie du groupe de constructeurs et doivent par ailleurs veiller à ce que les garanties soient effectivement délivrées par ces mêmes constructeurs. Par conséquent, ils contribuent – au moins indirectement – à l'apport des garanties à la construction du projet. Ils doivent en outre se tenir prêts à injecter de l'argent frais dans la société du projet en cas de besoin pour la poursuite des travaux.

971. De fait, l'achèvement physique (« physical complexion ») n'induit pas nécessairement l'achèvement financier (« financial complexion »)²⁴⁷⁹. L'échec de l'achèvement financier est en effet susceptible de remettre en cause la viabilité du projet, lequel ne pourrait plus permettre le remboursement des prêts²⁴⁸⁰. Les partenaires incluront généralement dans leurs accords les modalités de l'achèvement financier, lesquelles imposeront notamment aux promoteurs du projet d'apporter de nouveaux fonds propres ou de contribuer en dettes subordonnées à l'achèvement financier, ce qui réduit fortement le risque d'échec du projet²⁴⁸¹. Participe par ailleurs de la réduction du risque d'échec du projet, le transfert de

²⁴⁷⁶ Ibid. L'auteur précise en effet que la rétention de paiements est susceptible de contrarier aussi bien la société du projet que le constructeur dans la mesure où, en cas de retard, ce dernier a plutôt besoin de l'ensemble de ses ressources pour accélérer les travaux et éviter de nouveaux retards. Or, la rétention a pour effet de diminuer les ressources du constructeur, générant de nouveaux retards et par conséquent de nouvelles rétentions, lesquelles vont entraîner une spirale susceptible de faire échouer complètement le projet.

²⁴⁷⁷ En ce sens Cf. J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 958 ; *adde* : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 252 ; G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 99 où l'auteur précise que : “The purpose of retentions is to incentivise the contractor to remedy any defects in the works and to provide a notional fund out of which the employer can himself rectify any such defects if the contractor fails to do so”.

²⁴⁷⁸ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 99-100.

²⁴⁷⁹ Pour M. Peter Megens d'ailleurs, ““Completion” of construction in its broader sense is often at the heart of the divergence in the interests between debt and equity finance”: P. Megens, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers”, op. cit., p. 15.

²⁴⁸⁰ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 43. Selon l'IFC: Physical completion is defined as the project's ability to sustain production at a certain capacity for a specified period of time, such as one month or one quarter of the operating year. Financial completion is defined as the project's ability to produce below a certain unit cost for a specified period of time, such as six months; to have a minimum level of working capital and achieve a certain current ratio; and to achieve a minimum debt-service coverage ratio or debt-to-equity ratio for a certain period, such as one year.

²⁴⁸¹ En ce sens Cf. L. Vandomme, « “To time, to budget, to specification” : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 888.

risques et responsabilités liés à la construction aux différentes parties prenantes à l'opération de construction.

Sous-section 2 : Le contrat de construction comme lieu de cristallisation et de transfert de risques et responsabilités

972. Dans le cadre du BOT, le contrat de construction apparaît comme le lieu par excellence de cristallisation et de transfert de nombreux risques et responsabilités du projet. Il s'agira en pratique de mettre à la charge de l'un ou l'autre partenaire les risques relatifs notamment au site de la construction, à l'accès à ce site, aux permis et licences, à la garantie des équipements et matériaux, aux coûts, à la durée d'achèvement ainsi que la performance des constructions réalisées²⁴⁸². L'organisation projet globale et coopérative qu'entraîne le BOT aboutit à un principe de transfert trait pour trait (« back-to-back ») des risques voire des garanties (I) ainsi qu'à une tentative de maîtrise desdits risques et de clarification des responsabilités par l'usage adapté de contrat « clé en mains » (II).

I- Un principe de transfert trait pour trait (« back-to-back ») de risques (et garanties)

973. Le principe de transfert trait pour trait ou « back-to-back » de risques a été déjà analysé (Cf. *supra* nos 712 à 714). On en déduit une certaine « transparence » entre des obligations et droits des parties qui y procèdent. Dans la phase de construction, un tel transfert résulte d'une sous-traitance de spécialité (A) et s'appuie en pratique sur un principe de transparence (B) d'où la question d'une éventuelle intégration contractuelle.

A- Le transfert résulte d'une sous-traitance de spécialité

974. La sous-traitance de spécialité ou « specialty contracting » ne semble pas correspondre à une notion juridique. Il s'agirait en réalité d'une situation de fait dans laquelle un « spécialiste » s'engage, sans lien de subordination, à réaliser un ouvrage ou à accomplir des services d'une technologie relativement complexe que l'entrepreneur général et l'auteur du projet ne maîtrisent que partiellement et parfois pas du tout²⁴⁸³.

975. Dans le domaine industriel²⁴⁸⁴, l'on relève que l'organisation concentrée de la production reposant sur des entités à fort degré d'intégration a laissé progressivement place à une structure en réseau²⁴⁸⁵ fondée sur la spécialisation et l'interdépendance d'entreprises partenaires²⁴⁸⁶. Dès lors, on assisterait à un relâchement du lien d'étroite dépendance du sous-

²⁴⁸² Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 191.

²⁴⁸³ A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-Mer*, tome II, op. cit., p. 404 ainsi que tous les auteurs référencés.

²⁴⁸⁴ Pour un résumé des spécificités de la relation de sous-traitance dans le domaine industriel, Cf. F. Walschot, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5-6 ; *adde* : S. Peyret, *Sous-traitance industrielle – Guide pratique des relations entre acheteurs et sous-traitant: choix du partenariat, points-clés du contrat, contrôles, responsabilités*, Paris, Delmas, 2000, p. 13-14.

²⁴⁸⁵ Sur le concept de réseaux Cf. G. Teubner, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, op. cit., p. 267 et s., préc. p. 275 où l'auteur définit les réseaux comme étant des systèmes autopoïétiques de degré supérieur qui transcendent le contrat et l'organisation.

²⁴⁸⁶ F. Walschot, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », op. cit., p. 5. Cet auteur remarque cependant que cette interdépendance entraîne des difficultés au niveau de certains principes de droit contractuel : (i) au niveau de la responsabilité du fait du produit par exemple (comment déterminer ou répartir les responsabilités en cas de défaut d'un produit développé en commun ?) ; (ii) en matière de propriété intellectuelle (qui sera propriétaire et de quels droits ?).

traitant à l'égard du donneur d'ordre qui naguère caractérisait la sous-traitance industrielle²⁴⁸⁷. Parfois, l'entreprise sous-traitante sera créée pour répondre à la demande du donneur d'ordre ou au contraire celle-ci disposera d'une qualification ou d'un investissement particulièrement rare²⁴⁸⁸. Parfois aussi, la spécialisation obligera le sous-traitant lui-même à faire appel à d'autres sous-traitants (dits de deuxième rang)²⁴⁸⁹, ce qui aboutit à une cascade de contrats dont on risque difficilement de préserver la concordance et la transparence²⁴⁹⁰. Dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, les relations entre entreprises sont essentiellement caractérisées par la nature des liens particuliers créés entre les entreprises associées à l'exécution d'un même marché²⁴⁹¹.

- 976.** Dans le cadre d'un BOT notamment, il s'agira véritablement de co-traitance²⁴⁹² d'autant plus que l'on recommande à l'Etat d'accueil du projet d'encourager, dans les limites du possible, une sous-traitance locale²⁴⁹³. En définitive, nous pouvons affirmer avec un auteur que la sous-traitance de spécialité en instaurant souvent une relation durable entre parties, permet au sous-traitant de s'imposer comme un partenaire indispensable, d'obtenir un rendement optimal et de réaliser un transfert de know how²⁴⁹⁴. Tout ceci sera d'autant plus aisé à réaliser que l'on aura mis en œuvre entre les parties le principe de transparence.

B- Un transfert fondé sur le principe de transparence : quête d'une intégration contractuelle

- 977.** « Si l'opacité est la traduction d'une volonté de faire échapper le sous-traité à la loi du contrat dominant »²⁴⁹⁵, en revanche, la transparence a pour effet d'atténuer le principe de l'autonomie de ces deux contrats et contribue à harmoniser les droits et obligations des divers intervenants à l'opération²⁴⁹⁶. La sous-traitance est transparente lorsque le sous-contrat se réfère expressément au marché principal pour en transférer les dispositions²⁴⁹⁷ ou encore,

²⁴⁸⁷ S. Peyret, op. cit., p. 13. Dans le même sens, A. Brabant, tome II, op. cit., p. 404.

²⁴⁸⁸ F. Walschot, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », op. cit., p. 6.

²⁴⁸⁹ Dans cette hypothèse et selon M. Djoudi, la sous-traitance industrielle peut se transformer en une sous-traitance de marché : J. Djoudi, « La sous-traitance dans le contexte européen », in Dalloz, 1992, chron., p. 215 où l'auteur cite l'exemple d'un constructeur automobile qui sous-traite la réalisation des carburateurs à un fabricant, lequel sous-traite des pièces qui seront incorporées à son produit fini : le constructeur devient maître de l'ouvrage, le fabricant de carburateurs devient entrepreneur principal et le fabricant des pièces devient sous-traitant.

²⁴⁹⁰ F. Walschot, « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », op. cit., p. 17.

²⁴⁹¹ A. Bénabent, « Sous-traitance des marchés des personnes privées », in Juriscl. dr. com – Contrats de distribution, Fasc. 1450, mis à jour au 11-2001 par L. Joubert, p. 4.

²⁴⁹² Le choix d'un partenaire ne se reportera en effet pas sur le moins disant, mais sur celui qui, tout en présentant la compétence convoitée, possède la meilleure dynamique d'apprentissage de problèmes et une volonté de coopérer. Pour M. John D. Macomber en effet, "A concentration of high-risk components suggests you should look for the **performance benefits of co-operation** and try to find a contractor able to work as a team player. Predominantly low-risk components point instead to the **price benefits of competition**": J.D. Macomber, "You can manage construction risks", op. cit., p. 160 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

²⁴⁹³ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 252; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 167-168 où l'on peut lire que: "In an international project, the contractor should be particularly adept at working with the local labor force. Local construction site managers, with local experience, are particularly beneficial in reducing the risk of local labor problems".

²⁴⁹⁴ P. Martens, « la sous-traitance : freins et stimulants juridiques », in DPCI, juin 1979, p. 254 ; *adde* pour une étude plus systématique, C. Altersohn, *De la sous-traitance au partenariat industriel*, Paris, L'Harmattan, 1992.

²⁴⁹⁵ B. Boubli, « Réflexions sur les obligations des parties dans la sous-traitance des marchés de travaux immobiliers », in RDI, 1988, p. 393, cité par Ch.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, Paris, LGDJ, 2003, p. 232.

²⁴⁹⁶ Ibid.

²⁴⁹⁷ A. Bénabent, « Sous-traitance », in Dalloz action Construction, 2001, cité par Ch.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, op. cit., p. 232.

selon un autre auteur, lorsqu'il y a une « applicabilité » totale ou partielle, à la sous-entreprise des conditions du marché principal²⁴⁹⁸.

978. Les mécanismes de transparence sont nés, semble-t-il, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis et se sont diffusés et corrompus lors du grand boom de la construction au Moyen-Orient, au début des années 1970²⁴⁹⁹. De tels mécanismes permettent de répercuter sur le sous-traitant, tout ou partie des obligations (et éventuellement des droits...) de l'entrepreneur général vis-à-vis du maître de l'ouvrage. L'entrepreneur général recherche ainsi une coïncidence parfaite entre les engagements qu'il a souscrits vis-à-vis de son client et ceux qui seront pris par le sous-traitant à son égard, de telle sorte que si ce client venait à rechercher sa responsabilité pour l'exécution des prestations sous-traitées, il puisse se retourner contre son sous-traitant²⁵⁰⁰. Un tel système implique, relève-t-on, des obligations réciproques et devrait s'interpréter avec une bonne foi absolue²⁵⁰¹. Par ailleurs, un auteur affirme que « *la transparence ne se présume pas. Elle doit être spécialement prévue par une clause expresse à défaut de laquelle le principe de l'autonomie du contrat principal par rapport au sous-traité demeure intact* »²⁵⁰². En effet, sans disposition contractuelle expresse, le mécanisme de la transparence constituerait une exception au principe de la relativité des conventions de l'article 1165 du Code civil et à la « *privity of the contract* »²⁵⁰³.

979. La transparence introduite entre les dispositions du marché principal et celles du contrat de sous-traitance, quand elle peut être organisée, ne supprime toutefois pas tous les risques que pourrait encourir le titulaire du marché. En effet, les différends susceptibles d'opposer respectivement le client et le titulaire du marché principal et ce dernier au sous-traitant ne peuvent pas toujours être soumis au même tribunal et/ou se voir appliquer le même droit²⁵⁰⁴. On recommande d'ailleurs à ce propos, de s'efforcer, et ce contrairement à une pratique répandue, de soumettre le contrat de sous-traitance à la loi applicable au marché principal si celle-ci est acceptable pour les deux parties²⁵⁰⁵. En pratique, des clauses compromissaires sont généralement insérées dans presque tous les contrats de sous-traitance internationale. Bien rédigées, elles peuvent permettre de surmonter les difficultés inhérentes aux litiges relatifs à la sous-traitance, en prévoyant par exemple un arbitrage multipartite²⁵⁰⁶. Au plan de la technique

²⁴⁹⁸ A. Brabant, tome II, op. cit., p. 421.

²⁴⁹⁹ Ibid. p. 422.

²⁵⁰⁰ M. Dubisson, « Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international », in DPCI, 1983, p. 492 ; Idem, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy S.A., 1989, p. 42.

²⁵⁰¹ A. Brabant, tome II, op. cit., p. 423.

²⁵⁰² G. Viney, « Sous-traitance et responsabilité civile » in C. Gavalda (dir.), *La sous-traitance de marchés et travaux...*, Paris, Economica, 1978, p. 65, citée par A. Brabant, tome II, op. cit., p. 422.

²⁵⁰³ A. Brabant, tome II, op. cit., p. 424.

²⁵⁰⁴ Sur les questions de conflits de juridictions et de conflits de lois en matière de sous-traitance internationale, Cf. notamment : V. Van Houtte, R. Vermeersch et P. Wautelet, « La sous-traitance internationale : questions choisies », in *La sous-traitance*, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, CDVA, op. cit., p. 269-336 ; A. Bénabent, « Sous-traitance des marchés des personnes privées », op. cit., p. 24-28 ; A. Brabant, tome II, op. cit., p. 515-537 ; F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 469-472 ; M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, op. cit., p. 42-43 ; H. Lesguillons, *Groupements et sous-traitance*, Juriscl. Contrats internationaux Lamy, 1988, vol. 8, n° 234 à 239 ; J.-L. Bismuth, « Le contrat international de sous-traitance (Etude de quelques règles juridiques applicables) », in RDAI, 1986, n° 6, p. 535 et s.

²⁵⁰⁵ M. Dubisson, « Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international », op. cit., p. 494.

²⁵⁰⁶ Ibid. L'auteur propose et commente un type de clause compromissoire qui couvre un nombre important de situations susceptibles de se présenter et qui, semble-t-il, a déjà joué à la satisfaction du titulaire du marché (V. article précité p. 507-509) ; *adde* : B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 415.

juridique et pour assurer une parfaite homogénéité entre les dispositions du contrat principal et celles du sous-traité, on pourra, soit reproduire intégralement dans le sous-traité les dispositions du marché applicables aux prestations sous-traitées, soit annexer au contrat de sous-traitance les clauses et conditions du marché de telle sorte que celles-ci puissent être paraphées et signées par le sous-traitant²⁵⁰⁷.

980. Par ailleurs, le contrat de sous-traitance implique, de la part de l'entrepreneur général, le même respect de ses engagements financiers que celui qu'il attend du maître de l'ouvrage. Une des conséquences financières de la transparence dans la pratique internationale de la sous-traitance consiste en l'application du concept de « If and When », c'est-à-dire subordonner les paiements dus aux sous-traitants par l'entrepreneur principal, au paiement préalable de celui-ci par le maître de l'ouvrage²⁵⁰⁸. Ce mécanisme pourrait se justifier notamment dans les cas où le sous-traitant apporte des éléments indispensables voire irremplaçables pour l'exécution du marché principal : un contrat transparent avec paiements « if and when » serait alors une manière équitable de participation aux risques du projet²⁵⁰⁹. Ce mécanisme qui s'est, selon un auteur, généralisé dans la pratique internationale peut cependant conduire à des abus que la jurisprudence s'efforce de corriger²⁵¹⁰. Proche du mécanisme « If and When », le droit français prévoit quant à lui l'acceptation et l'agrément (des conditions de paiement) du sous-traitant par le maître de l'ouvrage²⁵¹¹. Le but de l'ensemble de ces mécanismes est d'aboutir à un certain équilibre contractuel ou à une juste proportion des risques et responsabilités entre les différentes parties à l'opération de construction. Un tel objectif participe de l'orientation générale d'action visant à affermir l'interdépendance et renforcer la coopération entre les partenaires à l'opération BOT. Le succès d'une telle opération repose d'ailleurs sur la maîtrise des risques et la clarification des responsabilités dans sa phase de construction.

II- Une tentative de maîtrise des risques et de clarification des responsabilités par l'usage adapté du contrat clé en mains

981. Dans le cadre du BOT, le contrat de construction semble généralement être un contrat clé en mains. Par un tel contrat en effet, le constructeur s'engage à réaliser un ouvrage, conformément à des spécifications techniques, en vue de l'obtention, dans un délai déterminé, des performances contractuelles²⁵¹². Ceci se justifie par le souci de prévisibilité – en termes financiers notamment – que requiert tout projet BOT, de sorte que l'on a pu affirmer que: *“From this need for predictability, a hybrid construction contract has*

²⁵⁰⁷ M. Dubisson, « Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international », op. cit., p. 494.

²⁵⁰⁸ A. Brabant, tome II, op. cit., p. 489; *adde*: B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 415.

²⁵⁰⁹ A. Brabant, tome II, op. cit., p. 483-484.

²⁵¹⁰ Sur la naissance, l'évolution et l'application du concept « If and when » et les réactions jurisprudentielles internationales, Cf. A. Brabant, tome II, op. cit., p. 489-495 ; *adde pour un rejet de ce mécanisme* la sentence arbitrale CCI n° 6230, in Rec. sentences arb. CCI, 1990 par J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, tome III, Kluer, 1997, p. 86, citée par H. Lesguillons, « Contrats industriels », op. cit., n° 8.

²⁵¹¹ Sur les modalités et les régimes de l'acceptation et de l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, Cf. F. Moderne, *La sous-traitance des marchés publics*, Paris, Dalloz, 1995, p.73-106 ; *adde* : Ch.-H. Chenut, *Le contrat de consortium*, op. cit., p. 235.

²⁵¹² Cf. J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 957; *adde*: IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 42 où l'IFC ajoute: *“The project company will probably also take out business start-up and other kinds of standard insurance, include a construction contingency in the total cost of the project, and build in some excess capacity to allow for technical failures that may prevent the project from reaching the required capacity”*; UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 246.

*developed that requires the contractor to provide the complete scope of construction work for a project, for a fixed price, and for completion and delivery by a date certain, which performs at agreed-upon levels*²⁵¹³. Il en découle que les créanciers et investisseurs du projet focalisent leur attention sur l'achèvement technique (« physical complexion ») et l'achèvement financier (« financial complexion ») du projet²⁵¹⁴, lesquels constituent certaines des spécificités du contrat clé en mains²⁵¹⁵.

982. Il est toutefois des situations dans lesquelles le contrat clé en mains n'est ni possible, ni désirable – notamment en raison des exigences de procédures d'appel d'offre ou dans certaines industries où les constructions sont historiquement réalisées par lots de sorte qu'aucun constructeur ne peut assurer une construction clé en mains. Dans ces hypothèses, on relève que les prêteurs sont contraints à deux attitudes : soit « forcer » les différents constructeurs à coopérer comme dans une opération clé en mains, soit imposer aux promoteurs l'émission d'une garantie pour couvrir toute faille qui résulterait d'une répartition des risques entre multiples cocontractants²⁵¹⁶. Il est par contre des hypothèses dans lesquelles, pour un certain nombre de raisons, le contrat clé en mains fera l'objet d'un fractionnement en lots²⁵¹⁷. Selon le Professeur Le Tourneau, les contrats clé en mains ne sont pas, contrairement à une opinion reçue, en voie de disparition mais occuperaient même une place importante des marchés d'ingénierie²⁵¹⁸. Il paraît dès lors intéressant de les décrire brièvement et d'en présenter les caractéristiques (A) d'autant plus que dans le cadre des BOT, ils tendent à fixer un point de responsabilité unique pour la construction de l'ensemble du projet (B).

A- Présentation et caractéristiques du contrat clé en mains

Après avoir brièvement présenté le contrat clé en mains (1), nous en examinerons les principales caractéristiques (2).

1- Brève présentation du contrat clé en mains

983. L'expression contrat clé en mains (ou « clés sur porte » selon un auteur belge²⁵¹⁹), viendrait de ce que le client n'a plus qu'à donner un « tour de clé » pour mettre l'installation en route²⁵²⁰. Il est précisément dit *turn key job* ou *lum sum turn key* en droit anglo-saxon ou encore « verträge über schlüsselfertige Bauten » en droit allemand²⁵²¹. Dans un tel contrat, un entrepreneur unique – « super assembleur » – assume la responsabilité globale d'un projet, de la conception à la mise en route et à la livraison au maître de l'ouvrage d'une installation

²⁵¹³ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 171.

²⁵¹⁴ Cf. IFC, *Project finance in developing countries (Lessons of experience)*, op. cit., p. 42.

²⁵¹⁵ Pour une étude d'ensemble des contrats clé en mains Cf. J.-A. Boon et R. Goffin, *Les contrats « clés en mains »*, Paris, Masson, 2^{ème} éd., 1987 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 192-218 ; A. Brabant, *Les marchés publics et privés dans la CEE et Outre-Mer*, tome I, op. cit., p. 25 et s. ainsi que toutes les références citées par l'auteur.

²⁵¹⁶ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 193.

²⁵¹⁷ Sur de telles hypothèses et les raisons justifiant un tel procédé Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 219-240.

²⁵¹⁸ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 14

²⁵¹⁹ P. Rigaux, « De la construction « clé sur porte » », JTbe, 1979, p. 225-227.

²⁵²⁰ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 14 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 192 où l'auteur précise toutefois qu'une telle conception est un peu simplificatrice.

²⁵²¹ A. Brabant, tome I, op. cit., p. 25 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 192 qui précise que ce contrat est également connu sous l'appellation « design and build » ('D&B') ou « engineering, procurement and construction » ('EPC').

opérationnelle, en passant par l'exécution et la formation du personnel : il implique donc d'aller au-delà de la maîtrise d'œuvre²⁵²².

984. Le contrat clé en mains connaît trois variantes : (i) le contrat clé en mains intégral, (ii) le contrat clé en mains partiel (lequel ne porte dès lors que sur une unité, une partie du projet) et enfin (iii) le contrat semi-clé en mains dans lequel, à côté de ses tâches propres, l'entrepreneur général assume des responsabilités spécifiques pour la correcte exécution des travaux confiés directement par le maître de l'ouvrage à divers entrepreneurs avec lesquels il contracte individuellement²⁵²³. En pratique, à côté de ces trois grandes variantes de contrat clé en mains, il existe une grande diversité de formules qui varient suivant la nature des projets en cause²⁵²⁴. Ainsi par exemple, on souligne que dans le secteur de la production des fibres artificielles et, dans une certaine mesure, dans le machinisme textile, les contrats clé en mains, généralement pourvus par des entreprises japonaises, ont joué un rôle non négligeable dans l'industrialisation de certains pays d'Asie dont la Chine²⁵²⁵. Par ailleurs, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) a rédigé un contrat-type spécifique aux contrats clé en mains²⁵²⁶. Ce contrat-type répondrait au récent essor des projets clé en mains issus de la libéralisation de l'économie dans certains pays d'Asie et d'Amérique latine, surtout dans le secteur de l'énergie que les programmes de dérégulations et les privatisations ont ouverts à de nouveaux producteurs²⁵²⁷. En effet, certaines caractéristiques de ces contrats les rendent particulièrement appropriés pour la réalisation de certains types de projets.

2- Caractéristiques principales du contrat clé en mains

985. Le contrat clé mains présente de nombreuses caractéristiques dont les plus saillantes, mais surtout celles qui présentent une certaine pertinence pour les opérations de BOT, seront exposées. De fait, le contrat clé en mains implique tout d'abord que le maître d'œuvre (ou entrepreneur général) garantisse au maître d'ouvrage, au moment de la réception définitive, que l'ensemble fonctionnera correctement et conformément aux spécifications contractuelles. Il en résulte par conséquent une responsabilité globale, se traduisant, sauf stipulation contraire des parties, par une obligation de résultat similaire à celle qui résulte de la fonction d'ensembliser (Cf. *supra* n^{os} 959 à 961 sur la responsabilité de l'ensembliser). Le contrat clé en mains implique ensuite, en dehors des assurances que devrait souscrire tout maître

²⁵²² Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p.14; *adde*: A. Brabant, tome I, op. cit., p. 25. Pour cet auteur cependant, le recours au vocable « clé en mains » est parfois plus un argument commercial vis-à-vis du client qu'un concept précis dont l'objet est bien défini, d'où certains litiges. Le cas du projet Eurotunnel illustre la remarque de l'auteur. En effet, quoique considéré comme un contrat clé en mains de type « design build », ce projet a connu de nombreuses difficultés lors des sept années de sa construction : Cf. J. Morand-Deville, « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », op. cit. p. 7 où l'auteur indique que les interventions fréquentes d'Eurotunnel ont perturbé la gestion du projet, en introduisant des aléas permanents dans la conception.

²⁵²³ En ce sens, A. Brabant, tome I, op. cit., p. 26. Pour l'auteur, cette dernière forme de contrat clé en mains convient particulièrement aux pays dans lesquels la main-d'œuvre est abondante et qualifiée.

²⁵²⁴ Ibid. p. 27.

²⁵²⁵ Ch. Oman, *Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement: industries extractives, pétrochimie, automobile, textile, agro-alimentaire*, Paris, OCDE, 1989, p. 249.

²⁵²⁶ Sur une version relativement récente de ces conditions, Cf. P. Le Goff, "A new standard for international turnkey contracts: The FIDIC Silver Book", in RDAI, 2000, n° 2, p. 151-158; *adde*: C.R. Seppala, "FIDIC's new standard forms of contract: claims, resolution of disputes and the dispute adjudication board", in RDAI, 2001, n° 1, p. 3-12; idem, "FIDIC's new standard forms of contract: risks, force majeure, and termination", in RDAI, 2000, n° 8, p. 1013-1025. Sur la version plus ancienne publiée en 1995 et appelée « Livre orange » Cf. B. de Cazalet et R. Reece, « Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main », in RDAI, 1996, n° 3, p. 279-300.

²⁵²⁷ D. Matray et F. Vidts, « Les clauses d'adaptation de contrats », op. cit., p. 161.

d'œuvre²⁵²⁸, une assurance spécifique dite police ingénierie clé en mains²⁵²⁹. Ce contrat semble également constituer un domaine propice à la certification, faite notamment sur la base des normes de l'International organisation for standardisation (ISO)²⁵³⁰.

986. Le contrat clé en mains n'implique par contre pas toujours un mode précis de détermination du prix²⁵³¹. D'aucuns estiment alors que la société du projet aura intérêt à négocier un contrat à forfait afin d'éviter le risque de dérapage des coûts de construction²⁵³². Un tel paiement forfaitaire semble également susceptible de faciliter le paiement fractionné, lequel se ferait alors en fonction de l'avancement des travaux²⁵³³. Cet avantage supposé du paiement forfaitaire est toutefois contesté. Un auteur estime ainsi que le contrat à forfait n'est adapté que pour des travaux simples dans lesquels le prix est plus important que la collaboration entre parties²⁵³⁴. Deux alternatives s'offrent alors aux contractants qui peuvent adopter, soit un contrat en dépenses contrôlées (« time-and-materials contract » ou « cost plus »), soit une forme hybride appelée contrat à prix maximum garanti (« guaranteed-maximum-price » ou « measured unit price »), cette dernière forme paraissant particulièrement appropriée pour les grands projets comportant un niveau de risque élevé²⁵³⁵. Mais, ces alternatives font peser des risques sur la société du projet et peuvent de ce fait ne pas obtenir les faveurs des prêteurs²⁵³⁶.

²⁵²⁸ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 104 où l'auteur précise toutefois que: "A construction contract may place the responsibility of taking out "all risks" cover on the employer and not on the contractor".

²⁵²⁹ Sur cette question, Cf. P. Maurin, « Risques, responsabilités et assurances dans la vente des biens d'équipements », in DPCI, 1980, tome 6, n° 3, p. 315-349.

²⁵³⁰ Sur le rôle de la certification dans les projets, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 204 ainsi que la référence citée. Sur le rôle plus général de la certification dans le commerce international, Cf. M.M. Blair, C.A. Williams and Li-Wen Lin, « The new role for assurance services in global commerce », in *The J. of Corporation Law*, vol. 33, n° 2, Winter 2008, p. 325-360.

²⁵³¹ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 15, préc. n° 77 ; *Contra* : Ph. Fouchard pour qui il serait de l'essence du contrat clé en mains d'être conclu contre un prix forfaitaire : Ph. Fouchard, « Le contrat clé-en-main », n° spécial de la Revue Tunisienne de Droit, 1983, p. 101, cité par A. Mezghani. Ce dernier traite l'ensemble de la question dans son article intitulé « La signification du prix dans les contrats clé-en-main », in JDI, 1990, op. cit., p. 271 et s. (V. p. 273 pour la référence citée).

²⁵³² J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 958; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 197; UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 246; P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 456 ; L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 885 où l'auteur indique que l'alternative serait un contrat en dépenses contrôlées, lequel implique moins de risques pour le constructeur dans la mesure où, aux termes d'un tel contrat, celui-ci est remboursé de ses coûts et reçoit ensuite une marge supplémentaire. Toutefois, un tel contrat fait peser le risque de surcoûts sur la société du projet et ne semble pas avoir les faveurs des prêteurs.

²⁵³³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 197. Pour l'auteur en effet, "where the total price is fixed, it can be more easily divided into fixed payments, based on completion of construction tasks or phases, allowing the lenders to predict the timing of drawdowns and manage better the outflow of funds".

²⁵³⁴ J.D. Macomber, "You can manage construction risks", op. cit., p. 161. Pour cet auteur, "With a lump-sum contract, the contractor takes all the visible risk, and the owner takes none. This seems like a good bet for high-risk projects, but just the opposite is true. First, should costs rise unexpectedly above the price that was bid and accepted, your contractor's dedication to the job may abruptly vanish. Second, with a lump-sum contract, the price may be fixed, but so the scope of the work. Even a small change in the project can throw the whole contract out the window (...)".

²⁵³⁵ Ibid. p. 163 où l'auteur précise que: "Like time-and-materials, guaranteed-maximum-price is also based on the cost of work plus a fee but risk is shared. Up to the predetermined maximum price, the contractor passes along all costs to the owner, but once that price is reached, all risks belongs to the builder".

²⁵³⁶ Le projet Eurotunnel semble avoir combiné les travaux en dépenses contrôlées (pour les tunnels et leurs revêtements), les travaux à forfait (pour les équipements fixes des tunnels et terminaux) et les marchés de

987. Le contrat clé en mains entraîne par ailleurs des essais, tant partiels que sur l'ensemble de l'installation. Il comporte en effet l'obligation pour le maître d'œuvre de mettre lui-même, ou par le biais de ses techniciens, l'installation en route. Cette dernière exigence différencie le contrat clé en mains de celui de l'ensemblé où cette tâche n'existe pas²⁵³⁷. Les essais se déroulent suivant plusieurs étapes dont la dernière est dite *essai en charge* (« *campaign test* ») et dont la fin marque, généralement, l'achèvement de la mission du maître d'œuvre²⁵³⁸. Ce dernier ainsi que son personnel peuvent dès lors procéder immédiatement à des essais de performances.

988. Enfin, le contrat clé en mains implique des réceptions, souvent fractionnées et provisoires. En effet, contrairement au principe (de droit commun romano-germanique) suivant lequel la réception est un acte unique pour l'ensemble d'un chantier et pour l'ensemble des entrepreneurs d'un même chantier, sauf stipulation contraire expresse des parties, la conformité pour un ensemble industriel n'apparaîtra qu'après une certaine durée, la véritable marche industrielle supposant une lente montée en puissance²⁵³⁹. Les réceptions provisoires sont alors l'occasion, pour le maître d'ouvrage, de formuler des réserves auxquelles le maître d'œuvre est tenu de remédier, gratuitement et avec diligence, dans le cadre de la période de garantie contractuelle à laquelle donne lieu la réception provisoire de l'ensemble²⁵⁴⁰. Ce n'est qu'au bout d'une période de fonctionnement en marche industrielle significative que pourra intervenir la réception définitive (« *final acceptance* »), même si la pleine capacité de l'installation exige une plus longue période de production²⁵⁴¹. Au cours de cette longue période de production justement, des dysfonctionnements liés à des vices non apparents peuvent par ailleurs apparaître. La garantie des vices-cachés est par conséquent d'application à ce contrat, mais la durée d'une telle garantie dépend de la loi applicable au projet en cause²⁵⁴². En droit français (et belge) par exemple, il s'agira d'une garantie décennale dont le fondement est contractuel et le régime à la fois légal et jurisprudentiel : elle est due par le constructeur au maître d'ouvrage, pendant dix ans à compter de la réception définitive des ouvrages, et tend à couvrir les désordres résultant de vices non-apparents au moment de la réception²⁵⁴³.

989. Pour ce qui est du transfert de propriété des équipements et matériels et des risques (*transfer of ownership and passing of risk*), celui-ci est généralement dédoublé dans les contrats clé en mains : à chaque réception provisoire, fractionnée ou totale, correspond un transfert provisoire de propriété et de risques, le transfert définitif n'intervenant qu'au moment de la signature du procès-verbal définitif²⁵⁴⁴. En définitive par ailleurs, en dépit de son

fournitures concernant le matériel roulant : Cf. J. Morand-Deville, « Eurotunnel : les contrats relatifs à la construction du tunnel sous la Manche », op. cit., p. 7-8.

²⁵³⁷ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 15.

²⁵³⁸ Ibid., p. 16. Le Professeur Le Tourneau estime cependant que ces essais sont souvent trompeurs, dans la mesure où un fonctionnement satisfaisant obtenu par les soins du constructeur et de son personnel initié, ou même par le personnel local immédiatement après la livraison, sera parfois difficile à retrouver par le maître de l'installation ressortissant d'un pays en voie de développement, lorsque son personnel n'aura pas la compétence suffisante. Ceci justifie, selon nous, l'importance de l'obligation de formation généralement prévue dans le contrat de BOT.

²⁵³⁹ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 17.

²⁵⁴⁰ H. Lesguillons, « Les contrats industriels », op. cit., n° 26 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 200 ; L. Vandomme, « 'To time, to budget, to specification' : l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », op. cit., p. 891.

²⁵⁴¹ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op. cit., p. 17.

²⁵⁴² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 211-212.

²⁵⁴³ Pour une synthèse de l'application de la garantie décennale en droit français et en rapport avec le *project financing*, Cf. C. Zagoh, *La maîtrise des risques dans les financements de projets*, op. cit., p. 194-219.

²⁵⁴⁴ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 211-212 ; *adde* : G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 100 qui précise : "Not surprisingly, the common law position is invariably

processus de mise en œuvre qui peut paraître fractionné, l'objectif du contrat clé mains demeure toutefois de constituer un point unique de responsabilité de l'ensemble de la construction.

B- L'objectif d'un responsable unique de la construction de l'ouvrage

990. Conséquence de l'approche unitaire conception-construction, l'usage du contrat clé en mains vise à conforter le point unique de responsabilité pour l'ensemble des phases combinées conception-construction du projet. On a ainsi pu affirmer que: *"The turnkey construction contract places single point responsibility for both the design and the construction of the works on one party, the construction contractor (...) Thus, where the project company wishes to make a claim concerning a defect in the works, it need not specify whether the defect was caused by inadequate design or faulty workmanship since the responsibility for both these elements of the work falls on the construction contractor."*²⁵⁴⁵. C'est donc d'une responsabilité globale qu'il s'agit ici²⁵⁴⁶, d'autant plus qu'on observe que c'est en principe au constructeur que le risque de construction devrait intégralement incomber, en vertu de la règle communément admise selon laquelle les risques doivent être supportés par celui des intervenants qui est le mieux à même de les assumer ou de les gérer²⁵⁴⁷.

991. La recherche d'un responsable unique de la construction impose au constructeur de nombreuses et importantes obligations. Celui-ci doit en effet assumer l'ensemble des obligations mises à la charge du concessionnaire dans le cadre du contrat de concession. Ainsi doit-il par conséquent concevoir l'ensemble du projet, coordonner aussi bien cette conception que la construction subséquente et les interfaces y relatives de sorte à parvenir à l'achèvement et aux performances stipulés au contrat²⁵⁴⁸. A cet effet il paraît particulièrement opportun pour la société du projet de stipuler une clause par laquelle le constructeur est réputé avoir une connaissance parfaite du site de construction, de sa nature, de son importance et de sa situation géographique²⁵⁴⁹. De même, il paraît crucial de s'assurer que le constructeur se soit

altered in the construction contract so that the title to materials passes to the employer upon delivery to the site or upon payment for those materials being made pursuant to an interim certificate".

²⁵⁴⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 193; *adde*: Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects", op. cit., p. 190. Pour M. Graham Vinter, il existe une autre alternative pour atteindre cet objectif et l'auteur d'indiquer : *"There is a third option [beside individuals contractors entering into separate contracts with the employer and turnkey contracts] which is sometimes found in major international projects which is to have all of the contracting companies (with all of their specialty) form a construction consortium which enters into the construction contract with joint and several liability on the part of all its members. The advantages of this approach are that no one contracting company in the consortium has to assume responsibility for the performance of the others (they all do) and the employer retains his single port of call for damages and remedial work"*: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 95.

²⁵⁴⁶ Pour une analyse détaillée de l'ensemble des clauses de contrats clé en mains tendant à assurer une telle responsabilité globale, Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 172-187.

²⁵⁴⁷ B. de Cazalet, « Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », op. cit., p. 414.

²⁵⁴⁸ Pour M. Jeffrey Delmon en effet, *"The turnkey construction contract seeks to overcome these difficulties by placing all of these responsibilities and interfaces on the construction contractor who must guarantee the interfaces between subcontractors, materials, technologies and working procedures used, as well as ensuring the performance of the project as a whole"*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 194.

²⁵⁴⁹ J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 958; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 205 qui précise qu'en pratique cette manière de procéder semble la plus raisonnable dès lors que ce risque est généralement mis, par le partenaire public – qui n'est souvent pas outillé pour juger des conditions du site notamment en rapport avec la technologie que pourrait mettre en œuvre le constructeur –, à la charge de la société du projet qui le transfère à son tour au constructeur, ce dernier héritant du site « en l'état ». Il n'y a toutefois exception à cette pratique, selon l'auteur, que si le partenaire public a une connaissance particulière du site ou est mieux placé pour l'obtenir. Pour M.

procuré, préalablement à la signature du contrat, toutes les informations relatives aux risques, aléas et circonstances susceptibles d'influencer défavorablement l'exécution du contrat²⁵⁵⁰.

992. De ce qui précède, il résulte qu'il pèse sur le constructeur une obligation de résultat. En effet, celui-ci est censé avoir eu effectivement la maîtrise de l'ensemble du projet, de telle manière que le maître de l'ouvrage n'a pas à déterminer la faute à l'origine de la défaillance, ni son auteur car le maître d'œuvre est responsable de tout et de tous²⁵⁵¹. De là l'affirmation selon laquelle: *"Since the construction contractor must deliver works that are fully operational to the specifications of the project company, any defect or default is necessarily the responsibility of the construction contractor, except where the construction contract specifically provides otherwise"*²⁵⁵². Il faut toutefois compléter cette solution de principe en évoquant l'hypothèse dans laquelle le constructeur pourrait se décharger de sa responsabilité en prouvant qu'une cause étrangère, une circonstance constitutive de force majeure (telle la faute du maître d'ouvrage ou celle d'un tiers sur lequel il n'avait aucune prise²⁵⁵³) l'a empêché d'atteindre le résultat promis²⁵⁵⁴.

993. L'idée d'un responsable unique semble par ailleurs de nature à réduire les occasions de réclamations par le constructeur. En effet, la société du projet ou son ingénieur/expert ne jouant pas le rôle central de coordonnateur dans le cadre d'un contrat clé en mains, l'entière responsabilité pour la conception et la construction est assumée par le seul constructeur²⁵⁵⁵. Cette situation n'est toutefois pas sans inconvénient, notamment quant au coût du projet. En raison de nombreux risques qu'il assume, le constructeur aura tendance à inclure une « prime de risque » dans le montant à payer au titre du contrat de construction, augmentant par là même le coût du projet²⁵⁵⁶. Globalement néanmoins, l'interdépendance structurelle et contractuelle de l'opération BOT tendrait, à l'aide de mesures incitatives et de sanctions sophistiquées que nous avons examinées, à promouvoir la réduction des coûts et l'efficacité qu'une construction idoine permettra de réaliser à travers les opérations d'exploitation et de maintenance. Les exigences en matière de construction – notamment en termes de performance et de qualité – sont d'ailleurs généralement déterminées par les opérations d'exploitation et de maintenance.

Graham Vinter au contraire, *"In the usual course, the risk of unforeseen ground conditions is generally one of the employer's risks. It is his site – the contractor is merely being invited onto his site to carry out the works"*: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 106.

²⁵⁵⁰ J.-M. Loncle « Grands projets d'infrastructures : le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », op. cit., p. 958.

²⁵⁵¹ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op.cit., p.15 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 195 où l'auteur affirme : *"Construction contractors under a turnkey construction contract are generally required to guarantee results rather than method (...) The result-oriented standard often applied to the performance of a turnkey construction is known as "fitness for purpose". The fitness for purpose standard requires the construction contractor to complete the works so that they are fit for their intended purpose as described in the construction contract"*.

²⁵⁵² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 196.

²⁵⁵³ Est également visée la situation dans laquelle des sous-traitants auraient été imposés au constructeur : Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 107 où l'auteur affirme que : *"The employer should also not be able to specify that the contractor uses particular sub-contractors (so-called "nominated sub-contractors") because the counterpart to this is usually that the contractor does not take responsibility for their acts and omissions (since he did not select them)"*.

²⁵⁵⁴ Ph. Le Tourneau, « Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », op.cit., p. 12-13 ainsi que toutes les références jurisprudentielles et doctrinales citées.

²⁵⁵⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 196.

²⁵⁵⁶ Ibid. p. 198; *adde*: Kris R. Nielsen, "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects", op. cit., p. 197 où l'auteur affirme que: *"With the use of Design-Build delivery approaches, has come a significant increase in the use of fixed price, but not lowest price, contracts"*. Pour M. Peter Mengens d'ailleurs, *"(...) the reality is that the principal is in fact paying for risks which may never materialize"*: P. Megens, "Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers", op. cit., p. 13.

SECTION III : LE CONTRAT D'EXPLOITATION ET DE MAINTENANCE ET TRANSFERT

994. Après l'achèvement des opérations de construction, l'ouvrage, quelle qu'en soit par ailleurs la nature, doit être exploité et les installations entretenues. Deux grandes options s'offrent alors aux promoteurs du projet : ils peuvent soit exploiter et assurer la maintenance de l'ouvrage eux-mêmes s'ils en ont les capacités et expertises, soit contracter avec une autre partie – tiers ou non – pour l'exploitation et la maintenance²⁵⁵⁷. Par ailleurs, les opérations d'exploitation et de maintenance peuvent être découplées²⁵⁵⁸. Quelle que soit l'option retenue en fin de compte, un contrat d'exploitation et de maintenance est généralement conclu entre la société du projet et l'exploitant (ou opérateur). Un tel contrat définit les obligations, droits et responsabilités de la société du projet et de l'opérateur en relation avec l'exploitation quotidienne de l'installation réalisée²⁵⁵⁹.

995. On a toutefois relevé que les partenaires n'accordent pas toujours à ce contrat la place qu'il mérite, ne le négociant que lorsque presque tous les autres contrats ont été longuement négociés, alors même que si l'ouvrage n'est pas bien exploité et entretenu, il n'y aura pas de cash flow²⁵⁶⁰. En effet, un tel contrat touche fondamentalement aussi bien aux intérêts des prêteurs qu'à ceux de l'Etat d'accueil et des promoteurs. L'objectif essentiel de l'exploitation consiste en pratique à optimiser les performances des installations (disponibilité, consommations spécifiques, rejets divers...) tout en maîtrisant les coûts, le niveau des équipes d'exploitation et en préservant la valeur à long terme de ces installations. En conséquence, le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert constitue, d'une part, un instrument de liaison des intérêts locaux ou nationaux et de l'objectif de rentabilité (sous-section 1) et, d'autre part, un précieux outil de gestion des risques y compris des interfaces entre différentes phases de l'opération BOT (sous-section 2).

²⁵⁵⁷ Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 198. M. Graham Vinter a décomposé ces deux grandes options en quatre variantes à savoir: (i) the project company can carry out the operation and maintenance of the project itself; (ii) the project company can enter into an operation and maintenance agreement with a related third party (e.g. one of its shareholders or an affiliate of one of its shareholders); (iii) the project company can enter into operation and maintenance agreement with an arms'-length party; or (iv) the project company can share the operating and maintenance agreement with a third party (related or otherwise): G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 108; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 241-242 où l'auteur présente également quatre variantes possibles pour la mise en oeuvre de l'exploitation et la maintenance.

²⁵⁵⁸ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 108. L'auteur ajoute toutefois que: "*The greater the number of parties performing the operation and maintenance function, the greater the risk of disputes about liability when things go wrong*".

²⁵⁵⁹ En ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 259 où sont énumérées les questions usuellement traitées dans le contrat d'exploitation et de maintenance (« scope of the operator's services », « project company responsibilities », « warranties and guarantees », « compensation », « access to book and records », « insurance », « liability and indemnification », « defaults and remedies », « term and termination », « dispute resolution », « choice of law »); *adde* sur les clauses usuelles de ce contrat: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 199.

²⁵⁶⁰ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 108; *adde*: P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 441 où l'auteur affirme, s'agissant de la production indépendante d'électricité, que le contrat de vente d'électricité (i.e. le contrat d'exploitation de la centrale électrique) constitue un contrat maître qui annonce ou résume les prescriptions techniques figurant dans les autres instruments et organise la vie toute entière du projet.

Sous-section 1 : Le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert : instrument de liaison des intérêts locaux/nationaux et de l'objectif de rentabilité

996. En tant qu'instrument de liaison des intérêts locaux/nationaux et de l'objectif de rentabilité, le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert est non seulement complémentaire mais conforme aux stipulations du contrat de BOT. Il doit en règle, à l'instar du contrat de construction, permettre que l'ouvrage soit exploité selon des critères de performance spécifiés, à un coût fixe ou, à tout le moins, raisonnablement prévisible et qu'un responsable unique prenne la charge de tous les aspects de l'exploitation et de la maintenance²⁵⁶¹. A cet effet, il doit réconcilier l'objectif de rentabilité aux impératifs et besoins locaux ou nationaux (I) et établir une coopération réelle avec le partenaire public en lui réservant une participation active – préalable à tout transfert réussi – aux opérations d'exploitation et de maintenance (II).

I- La conciliation de l'objectif de rentabilité avec les impératifs et besoins locaux/nationaux

997. L'objectif de rentabilité qui concerne au premier chef les prêteurs et promoteurs du projet prend (ou devrait prendre) nécessairement en compte les impératifs et nécessités locaux. Une telle exigence entraîne comme conséquence que le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert assure, d'une part, une disponibilité (A) et, d'autre part, une continuité (B) du projet.

A- Assurer la disponibilité (en quantité et en qualité)

998. Afin d'assurer la disponibilité de l'ouvrage, le partenaire public et les prêteurs doivent approuver le contrat d'exploitation et de maintenance avant sa conclusion. Ils peuvent ainsi s'assurer de ce que leurs intérêts et préoccupations sont correctement pris en compte. Néanmoins, l'idée de disponibilité révèle non seulement une opposition d'intérêts entre partenaires, mais soulève également des préoccupations majeures. Ainsi, l'idée de disponibilité révèle tout d'abord une divergence d'intérêts entre partenaire :

- le partenaire public sera principalement préoccupé, d'une part, par la capacité de l'ouvrage à atteindre les objectifs fixés (par exemple la production suffisante d'électricité couvrant les besoins du pays) et, d'autre part, par l'exploitation de l'ouvrage en conformité avec les lois et règlements y compris les normes environnementales et de sécurité²⁵⁶² ;
- les prêteurs seront quant eux essentiellement préoccupés par la question de la capacité de l'ouvrage à générer des revenus suffisants permettant de rembourser les prêts consentis en principal et intérêts ;
- les promoteurs enfin chercheront à s'assurer que l'ouvrage permettra un retour sur investissement conséquent.

²⁵⁶¹ Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 198.

²⁵⁶² En matière de production indépendante d'électricité par exemple, les normes imposées à la centrale de production sont la conséquence de son intégration dans le système de production nationale et de la nécessité de coordonner son utilisation, de façon à optimiser la gestion globale du secteur électrique national : Cf. P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 442.

L'idée de disponibilité soulève ensuite trois préoccupations majeures relativement à la demande, la fourniture de produits/services ainsi qu'à l'approvisionnement du projet en consommables et autres matériels ou pièces de rechange.

999. Concilier ces intérêts divergents tout en apportant des solutions aux préoccupations précitées impose la nécessité, compte tenu des réalités du projet en cause, d'assurer un niveau de performance minimum garanti à réaliser dans le cadre de l'exploitation²⁵⁶³. Le choix de l'opérateur paraît alors d'une importance cruciale et conditionne, de manière générale, le succès de l'exploitation de tout projet BOT²⁵⁶⁴. L'opérateur ne doit par conséquent pas être un généraliste, mais un spécialiste possédant les compétences et l'expérience nécessaires à l'exploitation optimale de l'ouvrage²⁵⁶⁵. L'opérateur doit par ailleurs être choisi le plus tôt possible dans l'échéancier de préparation, car il doit participer à la définition et à l'étude de faisabilité du projet²⁵⁶⁶ (Cf. *supra* n^{os} 952). Une telle participation paraît d'autant plus nécessaire qu'il est souhaitable que l'opérateur ait une connaissance et une bonne compréhension du contexte et du marché locaux²⁵⁶⁷.

1000. Par ailleurs, l'exploitant – opérateur qualifié – doit avoir un intérêt particulier à voir le projet réussir. Pour cette raison, le choix se portera souvent sur un investisseur (actionnaire) de la société du projet, un tel choix offrant en effet une incitation financière à exploiter efficacement et loyalement l'ouvrage, toutes choses qui seraient difficiles à obtenir autrement²⁵⁶⁸. Bien plus, étant au nombre des promoteurs du projet, l'exploitant est intéressé à la cohérence d'ensemble d'un dispositif dont il peut connaître toute la structure contractuelle²⁵⁶⁹. La recherche d'une telle cohérence d'ensemble se justifie d'autant plus que certains risques tiennent à l'exploitant. Il paraît évident que l'incapacité technique de l'exploitant peut menacer tant la rentabilité du projet – par une baisse des performances par rapport aux objectifs contractuels – que la satisfaction des impératifs et besoins du partenaire public. En conséquence, le choix d'un opérateur qualifié, possédant une équipe technique compétente, couplé à une surface financière satisfaisante contribuera

²⁵⁶³ En ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 262-263.

²⁵⁶⁴ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 200 où l'auteur affirme que: "The creditworthiness of the operator determines the strength of the contractual undertakings as a risk mitigation instrument. (...) Like the project contractor, the operator must possess sufficient human and technical resources necessary to satisfy its contractual undertakings".

²⁵⁶⁵ En ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 260 ; *adde* : P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 459 qui affirme qu'en matière de production d'électricité, l'exploitant est d'abord un technicien reconnu qui crédibilise le projet. Selon M. Jeffrey Delmon, "The operator will need to have experience of operating major infrastructure projects in political and commercial climates similar to that of the host country, and preferably in the host country": J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242.

²⁵⁶⁶ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 459. L'auteur estime qu'en matière de production indépendante d'électricité, dès lors que l'exploitant participe à la négociation puis à la conclusion des contrats d'enlèvement de la production, la rentabilité du projet lui incombe au double titre de l'optimisation de la gestion technique des installations et de la commercialisation des produits.

²⁵⁶⁷ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 200.

²⁵⁶⁸ En ce sens UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 260 ; *adde* : D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 468.

²⁵⁶⁹ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 460.

à assurer la disponibilité du projet²⁵⁷⁰. Assurer la disponibilité passe également et nécessairement par le fait d'assurer la continuité du projet, au travers notamment d'une maintenance régulière et permanente.

B- Assurer la continuité au travers d'une maintenance régulière et permanente

1001. Les opérations de maintenance des installations doivent faire l'objet de procédures claires et précises, tant en ce qui concerne la maintenance lourde que la maintenance courante²⁵⁷¹. En matière de production indépendante d'électricité par exemple, le programme annuel prévisionnel de maintenance doit être communiqué plusieurs mois à l'avance au distributeur. Ce dernier doit avoir préalablement communiqué le sien et disposera, après réception du programme prévisionnel, d'un délai court pour l'approuver ou requérir des ajustements²⁵⁷². Bien plus, assurer la continuité en termes de maintenance suppose une bonne connaissance du contexte local en rapport tant avec la disponibilité de matériels ou pièces de rechange qu'en personnel qualifié pour la maintenance et les réparations²⁵⁷³.

1002. Plus généralement, l'appréciation du risque de dysfonctionnement est souvent fonction de l'approche retenue par les promoteurs et les constructeurs pour encadrer les rapports entre les garanties (Cf. *supra* n^{os} 881 à 885) et la maintenance de l'installation. Ainsi, la performance de l'exploitant et sa sensibilité aux aléas au cours de la vie du projet dépendent de cette approche initiale, même si les avaries graves font l'objet de couverture par les assurances souscrites par les différents intervenants au projet, au premier rang desquels l'exploitant lui-même²⁵⁷⁴. En définitive, disponibilité et continuité visent à concilier l'objectif de rentabilité avec les impératifs et besoins locaux ou nationaux, ces derniers étant encore renforcés par la participation active du partenaire public aux opérations d'exploitation et de maintenance.

II- La coopération avec le partenaire public au cours des opérations d'exploitation et de maintenance : préalable au transfert à terme

1003. Afin de permettre une exploitation harmonieuse et un transfert à terme réussi, une coopération exemplaire doit régner entre le partenaire public et l'exploitant au cours des opérations d'exploitation et maintenance. Les relations entre les autorités locales ou nationales et l'exploitant sont d'une importance majeure au cours de l'exploitation de l'ouvrage. En effet, pour s'assurer que les intérêts et préoccupations nationaux ou locaux sont pris en compte, le partenaire public doit non seulement approuver le contrat d'exploitation et de maintenance avant qu'il soit conclu²⁵⁷⁵ mais également, et surtout, veiller à ce que l'exploitation et la maintenance se déroulent en toute régularité. Bien plus,

²⁵⁷⁰ Cf. en ce sens A. B. Taylor Jr, "Build-Operate-Transfer: evaluating efficiency during the operation phase", in *Cost Engineering*, vol. 40, n° 6, June 1998, p. 23.

²⁵⁷¹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 265: "(...) *In all cases, the O&M [operation and maintenance] contract must define clear maintenance standards against which to measure the O&M contractor's performance*".

²⁵⁷² P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 443 où l'auteur précise que ces documents sont complétés par des plans de production quotidiens fermes, indiquant heure par heure, un jour à l'avance, les phases de production, d'arrêt, de démarrage, et la production d'énergie réactive.

²⁵⁷³ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242.

²⁵⁷⁴ En ce sens Cf. P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit. p. 460-461.

²⁵⁷⁵ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242.

le monitoring évoqué dans le cadre de la conception-construction (Cf. *supra* n^{os} 962 à 965) trouve particulièrement à s'appliquer à l'exploitation et à la maintenance, pour deux raisons au moins :

- d'une part, il s'agira dans la plupart de cas d'infrastructures ou de services publics. L'exploitation de ceux-ci apparaît particulièrement sensible, notamment au plan politique. Selon M. Jeffrey Delmon par exemple, il est de l'intérêt de l'exploitant, d'une part, de s'efforcer à travailler en prenant en compte les intérêts politiques du concédant et de ses représentants locaux et surtout, d'autre part, de lier étroitement les intérêts des autorités locales et nationales à sa stratégie d'exploitation rentable du projet²⁵⁷⁶. Pour cet auteur en effet, le meilleur moyen de lier les intérêts de l'Etat d'accueil à une exploitation rentable dépend de la nature du système politique ainsi que des intérêts des leaders politiques locaux²⁵⁷⁷ ;
- d'autre part, il s'impose d'éviter tout comportement opportuniste de la part des promoteurs du projet (Cf. *infra* n^{os} 1235 à 1237), lesquels pourraient négliger la maintenance des installations à l'approche de la fin de la concession. On a alors pu affirmer que: *"The grantor will have an interest in the proper operation and maintenance of the project, to ensure that the asset it receives at the end of the concession period are in an appropriate condition and will not require extensive replacement or repair"*²⁵⁷⁸.

1004. En outre, une coopération étroite entre l'exploitant et le partenaire public s'impose également pour les questions de technologie et de formation du personnel local²⁵⁷⁹. A titre d'exemple, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT déjà cité, le permis d'exploitation mentionnait l'obligation à l'encontre de la société du projet (CENCI) d'employer un personnel ivoirien à hauteur de 75%²⁵⁸⁰. Relevons d'un autre côté que l'usage de technologie dans le cadre de l'exploitation du projet soulève des questions relatives à la protection des données et secrets de fabrication ou autres « know-how » ainsi qu'aux restrictions en matière de transfert de technologie. Ces questions sont en principe résolues par la conclusion entre parties d'accords de licence et de confidentialité²⁵⁸¹, de tels accords garantissant le cas échéant la continuité de l'exploitation de l'ouvrage après transfert au partenaire public.

1005. En conclusion, il résulte de tout ce qui précède qu'il s'agit plus fondamentalement de gérer d'une certaine manière tant le risque politique que le risque d'opportunisme des partenaires (notamment des promoteurs), car le contrat d'exploitation et de maintenance apparaît aussi comme un outil de transfert et de gestion de risques, y compris des interfaces entre différentes phases du projet.

²⁵⁷⁶ Ibid. p. 245.

²⁵⁷⁷ Ibid. A titre d'illustration cet auteur affirme: *"For example, in certain situations the operator may find that the need for jobs in the host country is such that employing local labour will create a bond between the operator and the host government which in turn is sufficient to create the mutual interest desired"*.

²⁵⁷⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 248 où l'auteur ajoute: *"Therefore, during operation, the grantor may wish to review to some extent the testing carried out, and to perform testing of its own, on the works to confirm the general operating condition of the project (...). This testing will be most important toward the end of the concession period"* (C'est nous qui soulignons); *adde*: UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 265: *"The issues of maintenance and capital improvements are critical to the condition of the facility at the end of the concession period"*.

²⁵⁷⁹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 266.

²⁵⁸⁰ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », in RDAI, n° 7, 2000, p. 839.

²⁵⁸¹ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 266.

Sous-section 2 : Le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert : outil de gestion de risques et interfaces

1006. La société du projet tend, comme nous l'avons vu, à transférer la quasi-totalité des risques du projet aux différents partenaires. A cet égard, elle va également viser un transfert à l'opérateur de tous risques d'exploitation et de maintenance, y compris notamment les risques d'interfaces entre les différentes phases du projet. Toutefois, en raison de sa nature de contrat de service, le contrat d'exploitation et de maintenance et transfert ne paraît pas être le support idéal de transfert de risques. En effet, à la différence des contrats de construction ou d'approvisionnement – qui concernent avant tout des biens physiques – dans le cadre desquels un transfert substantiel de risques est possible, un tel transfert semble généralement moins intense dans le cadre d'un contrat d'exploitation et de maintenance²⁵⁸². Dès lors, ce contrat permettra certes la gestion de certains risques du projet en les répartissant entre l'opérateur et certains autres intervenants au projet (I) mais, surtout, peut plus utilement servir à gérer les interfaces pendant et après la construction y compris jusqu'au transfert de l'ouvrage au partenaire public (II).

I- La gestion de risques d'exploitation

1007. En règle générale, l'exploitation et la maintenance offre plusieurs possibilités d'organisation, les tâches d'exploitation et de maintenance en elles-mêmes pouvant faire l'objet de choix stratégiques de la part des promoteurs lors de la mise en œuvre des structures du projet. Le choix d'un mode d'organisation dépendra nécessairement du contexte du projet, des liens entre partenaires ainsi que des intérêts contradictoires de ces derniers²⁵⁸³. Compte tenu des risques relativement importants liés aux opérations d'exploitation et de maintenance, les prêteurs semblent généralement opter pour un transfert trait pour trait (« back-to-back ») à l'exploitant des tâches d'exploitation et de maintenance incombant à la société du projet²⁵⁸⁴. A cela, s'ajoute le fait que la rémunération de ce dernier connaît différentes modalités auxquelles est généralement attaché un système de pénalités et de bonus²⁵⁸⁵. En pratique, réaliser l'exploitation et la maintenance ouvre deux grandes options aux promoteurs à savoir, d'une part, la création d'une société d'exploitation et de maintenance (A) et, d'autre part, l'usage de stratégies contractuelles (B).

²⁵⁸² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 242.

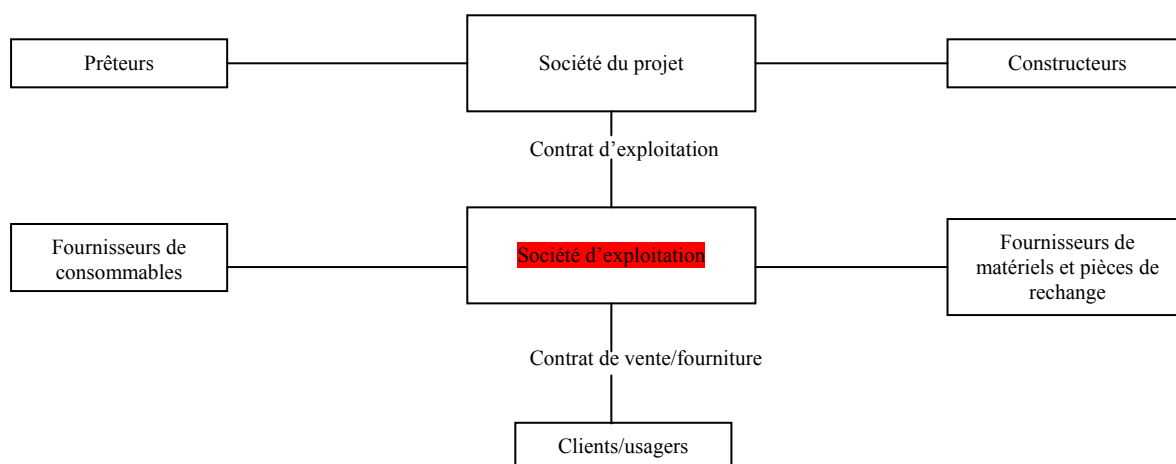
²⁵⁸³ D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 468.

²⁵⁸⁴ Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 243; *adde*: UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 264: "From the perspective of the project company, it is imperative that the operator should have as much responsibility as possible for the proper technical operation of the facility".

²⁵⁸⁵ En ce sens Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 111. L'auteur y indique que la rémunération globale de l'exploitant se subdivise classiquement en trois parties: (i) "reimbursement of sums which the operator had effectively paid suppliers on the project company's behalf"; (ii) "payment on a unit or hourly basis for certain services provided by the operator"; (iii) "payment of a fee which would be the operator's main profit for doing the job"; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 252-253; UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 266-267; Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 200 où l'auteur précise que: "Unlike the use of liquidated damage payments in a construction contract, the liability exposure of the operator is comparatively very small. It is usual, for example, for the operator to limit its maximum liability for liquidated damage to an amount equal to one or two years' profit received under the agreement".

A- La création d'une société d'exploitation et de maintenance : gérer risques et conflits d'intérêts

1008. Une des stratégies d'exploitation et de maintenance de l'ouvrage consiste à dissocier la propriété des installations de leur exploitation, ce qui se fait par la création d'une autre société dédiée exclusivement à l'exploitation et à la maintenance. Le schéma ci-dessous représente un tel montage :



1009. La création d'une telle société dédiée à l'exploitation et à la maintenance présente des atouts, mais également un certain nombre d'inconvénients²⁵⁸⁶. Au rang des atouts figure notamment la possibilité d'une répartition du capital différente de celle définie dans la société du projet²⁵⁸⁷. Au titre des inconvénients, la création d'une société d'exploitation et de maintenance pourrait conduire, d'une part, à faire porter par cette dernière certains risques qui incombent en principe à la société du projet et, d'autre part, à générer des surcoûts en termes de dépenses d'établissement et frais fixes de fonctionnement²⁵⁸⁸. Relevons néanmoins que la création d'une société d'exploitation et de maintenance peut constituer un choix délibéré des partenaires pour transférer, dans la mesure qu'ils déterminent, à l'exploitant les risques d'exploitation et de maintenance. En matière de production indépendante d'électricité par exemple, une telle organisation correspondrait à la logique industrielle dans ce secteur et semble recueillir la préférence des prêteurs²⁵⁸⁹. Il en serait ainsi d'autant plus que si les tâches de gestion courante sont dévolues à la structure d'exploitation, la société du projet conserve la responsabilité des investissements lourds correspondant aux gros entretiens²⁵⁹⁰. La société d'exploitation apparaît dès lors

²⁵⁸⁶ D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 468-469.

²⁵⁸⁷ Ibid. L'auteur identifie les avantages suivants : (i) la possibilité de se prémunir contre toute alliance particulière au sein de la société du projet susceptible de remettre en cause le positionnement décisionnel de l'investisseur exploitant ; (ii) le fait de faciliter l'entrée éventuelle de partenaires locaux (avec une participation réduite) sans remettre en cause le positionnement décisionnel de l'investisseur ; (iii) le fait de faciliter dans la durée d'éventuels changements de partenariat au niveau des deux sociétés (du projet et d'exploitation) ; (iv) la possibilité de constituer pour l'investisseur exploitant une référence d'exploitation indiscutable, en fonction d'une participation majoritaire dans la société d'exploitation et de maintenance et (v) la possibilité d'utiliser la structure pour d'autres projets dans la zone.

²⁵⁸⁸ Ibid. p. 469.

²⁵⁸⁹ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 463.

²⁵⁹⁰ Ibid.

comme un prestataire majeur de services, dont la rémunération est liée à l'exploitation, et souvent à la maintenance, et qui supporte des risques sur le seul plan technique²⁵⁹¹.

1010. Le choix de créer une autre entité dédiée aux opérations d'exploitation et de maintenance peut également constituer un moyen de régler les conflits d'intérêts réels ou potentiels (Cf. *supra* n° 944 sur ces conflits d'intérêts) qui peuvent naître de la participation de certains promoteurs du projet aux opérations de construction-exploitation et maintenance. Ces mêmes promoteurs peuvent cependant opter, dans le cadre de la société du projet, pour un recours au contrat afin de permettre que soient assurées l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

B- La mise en œuvre de stratégies contractuelles

1011. Les promoteurs du projet peuvent décider de gérer l'ouvrage dans le cadre de la société du projet ou encore de confier cette gestion à des tiers. Dans l'un ou l'autre cas, et pour la bonne forme, un contrat devra être conclu à cet effet²⁵⁹². Néanmoins, quelle soit l'option retenue, un certain nombre d'avantages et d'inconvénients semblent inséparables du choix opéré²⁵⁹³. Ainsi, dans l'hypothèse où la société du projet décide d'assurer elle-même l'exploitation et la maintenance du projet, une opinion considère que ses responsabilités seraient mieux définies dans le contrat de prêt lui-même et qu'elle devrait se doter d'une équipe d'experts techniques et, en conséquence, d'un personnel qualifié ayant les compétences et l'expérience nécessaires à la gestion du projet²⁵⁹⁴. Une solution pourrait alors consister, pour la société du projet, en la conclusion d'un contrat de prestation de services techniques avec un de ses actionnaires possédant le personnel et le pool d'expertise technique nécessaires²⁵⁹⁵. Une telle solution présenterait l'avantage d'éviter tout conflit entre constructeur et opérateur, notamment pendant les premières années d'exploitation, singulièrement lorsque l'actionnaire retenu a été constructeur ou a participé à la construction²⁵⁹⁶.

1012. La société du projet peut également décider de déléguer par contrat à un tiers l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure. On estime que lorsqu'un tel contrat est conclu dans le respect des conditions du marché (« at-arms'-length »), les obligations et responsabilités de l'exploitant sont plus strictes que dans l'hypothèse où la société du projet contracte avec un de ses actionnaires dans la mesure où l'actionnaire – en tant que créancier résiduel comme nous l'avons vu – serait naturellement incité à mieux exploiter l'ouvrage de sorte à accroître le retour sur investissement attendu²⁵⁹⁷. Généralement, un

²⁵⁹¹ Ibid.

²⁵⁹² Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 199.

²⁵⁹³ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 108.

²⁵⁹⁴ Ibid. p. 108-109.

²⁵⁹⁵ Sur les clauses essentielles d'un tel contrat de prestation de services techniques, Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 108-109.

²⁵⁹⁶ Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 201 où l'auteur affirme que cette solution présente de nombreux avantages: "First, it avoids problems during the testing phase of the project when both the contractor and the operator are on the site. Second, it avoids finger-pointing duels about who – contractor or operator – is responsible for a problem. Finally, it should make it more likely that the contractor will construct and operate the facility at a high performance level because the contractor, as operator, is familiar with its own construction".

²⁵⁹⁷ Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 110; *adde*: UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 269-270: "The operator should be brought in as early in the process as possible, preferably as an equity investor in the project company (...)".

tel contrat consistera pour l'exploitant à effectuer au profit de la société du projet la gestion des ouvrages, leur exploitation, leur maintenance, les activités administratives qui y sont liées, la formation des personnels locaux, la fourniture des pièces détachées et matériels de rechange ainsi que la délivrance des bilans d'exploitation et la fourniture du personnel nécessaire au fonctionnement des installations²⁵⁹⁸.

- 1013.** En définitive, la création d'une société d'exploitation et de maintenance ou au contraire l'usage de contrats à mêmes fins constituent des moyens de gestion de risques d'exploitation. Une partie de ces risques résident par ailleurs dans les interfaces entre différentes phases du projet et il s'impose également, à travers le contrat d'exploitation et de maintenance, de les gérer avec les plus grands soins.

II- La gestion des interfaces aux différentes phases du projet

- 1014.** L'implication de plusieurs partenaires, parfois étrangers, à la réalisation du projet tant pour sa construction que pour son exploitation est susceptible de générer certaines tensions, non seulement en raison de la divergence d'intérêts sus-relevée ou de stratégie mais également de cultures. De telles tensions peuvent être particulièrement aiguës lors de passages d'une phase à une autre du projet, en raison des interfaces et des risques y attachés²⁵⁹⁹. Ces interfaces et risques y attachés doivent cependant être gérés et le contrat d'exploitation et de maintenance semble pouvoir y œuvrer. Pour un auteur en effet: *"The operation and maintenance agreement should specify the point at which care of works will transfer from the construction contractor to the operator, at completion, and then from the operator to the grantor, at the end of the concession period"*²⁶⁰⁰.

- 1015.** Lorsque l'exploitant assure la gestion de l'ouvrage, il jouera également la fonction d'agent de liaison entre les différents intervenants: il devra ainsi prendre en charge l'exploitation de l'ouvrage pendant et, surtout, après l'achèvement de la construction et ce, jusqu'à son transfert au partenaire public²⁶⁰¹. Le contrat d'exploitation et de maintenance constitue en conséquence un précieux outil de gestion des interfaces, d'une part, pendant et jusqu'à l'achèvement de la construction (A) et, d'autre part, dès cet achèvement jusqu'au transfert de l'ouvrage (B).

A- La gestion des interfaces pendant et jusqu'à l'achèvement de la construction

- 1016.** La gestion des interfaces pendant et après la construction suppose essentiellement la prise en compte de la phase de pré-exploitation. De fait, la phase de pré-exploitation est une phase importante – qui couvre une bonne partie de la phase de construction jusqu'à la date de mise en service de l'installation – pendant laquelle le futur exploitant n'a pas

²⁵⁹⁸ Sur les clauses essentielles de ce contrat Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 110-112 ; *adde* pour une analyse du contenu d'un tel contrat en matière de production indépendante d'électricité : P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 463-467.

²⁵⁹⁹ Pour M. Scott Hoffman par exemple, *"Inability of the operator to satisfy performance obligations may indeed be the fault of the contractor or the project owner"*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 201.

²⁶⁰⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 254 où l'auteur précise que: *"This transfer of risk should be defined by the passage of specified tests and the issuance of a certificate, in order to avoid disputes over the exact time of transfer"*.

²⁶⁰¹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 245.

encore la responsabilité de l'exploitation²⁶⁰². Il se peut toutefois que celui-ci soit appelé à approuver la conception du projet ou, alternativement, à fournir au constructeur les exigences en matière d'exploitation destinées à être incluses dans la construction. Dans l'un et l'autre cas une étroite coopération entre le constructeur et l'exploitant s'impose dès cette phase du projet²⁶⁰³.

1017. Une coopération étroite entre l'exploitant et le constructeur s'impose également pendant la construction et jusqu'à son achèvement, période pendant laquelle l'exploitant doit être familiarisé avec le fonctionnement des installations²⁶⁰⁴. En effet, le constructeur doit généralement fournir à l'exploitant des manuels d'exploitation et de maintenance voire former le personnel de ce dernier à l'exploitation et à la maintenance des installations. Il s'avère par conséquent crucial qu'un tel transfert d'informations soit optimal dans la mesure où, en fin de compte, les responsabilités de ces deux partenaires peuvent être mises en jeu en cas de difficulté²⁶⁰⁵.

1018. Par ailleurs, même si l'exploitant n'a pas encore la charge des installations, il pourrait mettre à profit la phase pré-opérationnelle pour préparer le budget, procéder au recrutement et à la formation du personnel, élaborer les procédures et les spécifications techniques de l'exploitation et assister le constructeur – généralement à la demande de la société du projet et pour son compte – lors de la mise en service ou encore définir le stock de consommables ou le parc de pièces de rechange²⁶⁰⁶. A l'analyse, la gestion des interfaces pendant la construction et jusqu'à l'achèvement de celle-ci anticipe d'une certaine manière sur la gestion des interfaces jusqu'au transfert et prépare à une exploitation harmonieuse de l'ouvrage.

B- La gestion des interfaces jusqu'au transfert de l'ouvrage

La gestion des interfaces jusqu'au transfert de l'ouvrage suppose la prise en compte de la phase d'exploitation proprement dite (1) ainsi que la phase de transfert (2).

²⁶⁰² D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 466.

²⁶⁰³ Pour M. Jeffrey Delmon toutefois, la première hypothèse faire courir un risque de retard au projet en raison des consultations extensives qu'elle implique tandis que dans le deuxième cas de figure, la société du projet doit gérer avec le plus grand soin les exigences de l'exploitant destinées au constructeur dans la mesure où toute erreur ou omission mettrait en jeu la responsabilité de celle-ci : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 245-246 ; Comp. avec : UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 269-270 : « *The operator should be brought in as early in the process as possible, preferably as an equity investor in the project company, and should be consulted on all aspects of design and construction that will affect its ability to operate and maintain the facility* ».

²⁶⁰⁴ Pour M. Scott Hoffman, "(...) *project construction and operation must be carefully monitored by the project company, which must serve as construction manager to that extent*": Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 201.

²⁶⁰⁵ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 245-246.

²⁶⁰⁶ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 203 ; D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 466 ; *adde* : G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 111 où l'auteur précise que les plans et budgets d'exploitation sont usuellement préparés par la société du projet qui les soumet ensuite à l'exploitant pour observations.

1- La gestion des interfaces pendant la phase d'exploitation

- 1019.** Pendant la phase d'exploitation, les responsabilités qui incombent à l'exploitant se rapportent principalement à la gestion économique (préparation et suivi du budget par exemple)²⁶⁰⁷ et technique (par exemple conduite de l'installation dans le respect des procédures et consignes d'exploitation, maintenance) de l'ouvrage²⁶⁰⁸. L'exploitant devra ainsi coopérer avec le constructeur tant pour certains tests que pour certaines réparations incombant à ce dernier ainsi que gérer les relations avec les fournisseurs et les clients de l'ouvrage²⁶⁰⁹.
- 1020.** Bien plus, en raison des obligations du constructeur tant en ce qui concerne les performances que la qualité des produits/services de l'ouvrage, ce dernier peut être amené à intervenir en cours d'exploitation. Ainsi, le constructeur peut tout d'abord intervenir pour réaliser certains tests de performance prévus dans le contrat de construction (Cf. *supra* n° 1017). Ensuite, le constructeur peut intervenir au cours de la longue période de production, parce que des dysfonctionnements liés à des vices non apparents ont pu apparaître, enclenchant comme nous l'avons vu la garantie des vices-cachés. Par ailleurs, le constructeur peut avoir également accepté la charge de la maintenance lourde de l'ouvrage. Dans toutes ces situations, une coopération étroite entre le constructeur et l'exploitant s'impose aux fins de déterminer les voies et moyens appropriés pour une exploitation continue et harmonieuse de l'ouvrage²⁶¹⁰.
- 1021.** D'un autre côté, les relations entre l'exploitant et le fournisseur du projet, d'une part, et, d'autre part, entre l'exploitant et les clients imposent également une étroite coopération. En effet, une telle coopération, tout d'abord, avec le fournisseur permettra de gérer efficacement les besoins de l'ouvrage²⁶¹¹. Ensuite, et surtout, la coopération avec les clients de l'ouvrage est fondamentale car, dans la plupart des cas, ce sont les besoins voire même les désirs de ces clients qui orienteront l'exploitation de celui-ci²⁶¹². Dès lors, des procédures claires et flexibles de communication et de gestion devront être mises en œuvre entre l'exploitant et ces partenaires du projet²⁶¹³.
- 1022.** Les rapports entre l'exploitant et les multiples partenaires du projet ne sont toutefois pas à l'abri de difficultés. Il est d'ailleurs même reconnu à la société du projet le droit de mettre fin au contrat d'exploitation avec ou sans motifs, seul le mécanisme d'indemnisation

²⁶⁰⁷ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 267: "Careful records must be kept of the income and expense for the operation and maintenance of the project. The operating budget must be prepared and approved at least annually (...)"

²⁶⁰⁸ D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 467; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 248 où l'auteur indique que: "The operator's primary obligations include ensuring the availability and efficient operation of the project".

²⁶⁰⁹ Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 203.

²⁶¹⁰ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 246.

²⁶¹¹ Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 200; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 247 où l'auteur ajoute que: "The input supplied may need to be tested, to ensure conformity with quantity and quality requirements. This testing will often be carried out in conjunction by the input supplier and the operator".

²⁶¹² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 247. L'auteur affirme ainsi par exemple que: "The output requirements will variously cover quality, quantity, timing, transportation, and other output specific issues".

²⁶¹³ *Ibid.*

devant alors être clairement défini au contrat²⁶¹⁴. En conséquence, un des objectifs fondamentaux du contrat d'exploitation et de maintenance sera de prévoir une procédure de règlement de différends, rapide et efficace, qui ne puisse avoir aucune incidence sur la continuité de l'exploitation²⁶¹⁵. Ceci requiert une fois de plus une coopération étroite entre partenaires leur imposant, d'une part, de définir précisément la procédure de règlement de différends ainsi que la loi devant la régir et, d'autre part, de s'accorder en telle manière que tous les partenaires soient impliqués dans toute procédure de règlement de litiges – ce qui évite la multiplication de procédures et accroît la rapidité du règlement de litiges – et que l'exploitant et la société du projet s'engagent à poursuivre l'exploitation en dépit de tout différend ou procédure de règlement y afférent²⁶¹⁶. Une telle attitude doit être maintenue jusque et pendant la phase de transfert de l'ouvrage.

2- La gestion des interfaces pendant la phase de transfert

1023. La phase de transfert intervient au terme du contrat de concession, au moment où la société du projet transfère l'ouvrage au partenaire public. Au cours de cette période, l'exploitant devra accomplir diverses prestations et notamment : préparer et mettre en œuvre un programme spécifique de maintenance permettant la remise à niveau de l'installation, former le personnel du concédant et procéder à toutes les opérations requises par le contrat de concession²⁶¹⁷. Ce dernier prévoit d'ailleurs généralement un délai raisonnable au cours duquel la société du projet et le concédant devront se réunir pour déterminer les modalités et détails du transfert²⁶¹⁸.

1024. Le régime du transfert doit par ailleurs être défini dans le contrat d'exploitation et de maintenance. Un tel régime devrait idéalement contenir les tests à réaliser, le parc de pièces de rechange à constituer, le transfert des responsabilités au personnel ainsi que des risques au concédant²⁶¹⁹. De plus, le contrat de concession voire également le contrat d'exploitation et de maintenance devront prévoir – sous conditions de monitoring incluant inspections et certifications – les critères et niveaux de maintenance, de performance et de fiabilité que devront respecter les installations au moment du transfert du projet²⁶²⁰. De même, toutes garanties en cours, notamment celles fournies par l'exploitant ou l'équipementier, devront être cédées au concédant, lequel peut en outre – pour combattre tout opportunisme éventuel – obtenir de la société du projet que celle-ci lui fournisse une garantie globale quant au bon état des installations, à leur entretien correct ainsi qu'à la conformité de leur performance avec les exigences du contrat de BOT²⁶²¹.

1025. D'un autre côté, la formation du personnel du concédant par l'exploitant est censée permettre la transmission d'un certain savoir-faire au pays d'accueil du projet, lequel

²⁶¹⁴ UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 269.

²⁶¹⁵ Ibid. p. 268.

²⁶¹⁶ Ibid.

²⁶¹⁷ D. Lamethe, « Le financement de projets et leur organisation industrielle. L'exemple de la construction et de l'exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux*, op. cit., p. 467 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 207 ; J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 248. L'auteur ajoute par ailleurs que : "The grantor may wish for the operator to continue to provide services for a time after the end of the concession period, to ensure that the grantor's personnel are completely trained in the operation, maintenance and repair of the works".

²⁶¹⁸ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 275.

²⁶¹⁹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 256.

²⁶²⁰ Cf. UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 276.

²⁶²¹ Ibid. p. 277-278.

hérite dès lors d'un personnel capable d'exploiter et de maintenir le projet²⁶²². Ainsi par exemple, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT déjà cité, obligation était faite à la société du projet d'employer du personnel local à hauteur de 75%. Plus généralement, un transfert harmonieux coordonne parallèlement le régime du transfert avec le contenu des contrats d'approvisionnement et de vente/prestation des produits ou services, lesquels sont consubstantiels à la viabilité globale de tout projet BOT.

SECTION IV : LES CONTRATS D'APPROVISIONNEMENT, DE VENTE/PRESTATION RELATIFS AUX INTRANTS (« INPUT ») ET PRODUITS/SERVICES (« OUTPUT ») DU PROJET

1026. Les contrats d'approvisionnement (« input contracts » ou « input supply agreements ») et de vente/prestation (« offtake purchase agreements » ou « off-take sales contracts ») de produits ou services constituent des contrats qui, à titre principal, fournissent ses revenus au projet. Ils réalisent par ailleurs concrètement – à tout le moins pour le partenaire public – la finalité du projet i.e. produire ou fournir des biens/services. Ils sont à ce titre, dans les hypothèses où leur conclusion s'impose, les « nerfs » de l'opération BOT et font par conséquent l'objet d'une attention particulière de la part des différents partenaires du projet.

1027. Les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation paraissent par ailleurs partager des caractéristiques communes, d'autant plus qu'ils sont étroitement interdépendants dans le cadre du BOT. Un auteur a ainsi pu affirmer que: *“It is important to realise that one man's supply contract is another man's offtake agreement”*²⁶²³. Pour ces raisons, il est idoine de les envisager ensemble de sorte à révéler la cohérence du système qu'ils forment au soutien de la coopération entre partenaires au projet BOT. On observera ainsi qu'il s'agit de contrats visant à générer et sécuriser les revenus de l'opération BOT (sous-section 1) tout en matérialisant la coopération entre partenaires par la réalisation concrète de la finalité de l'opération (sous-section 2).

Sous-section 1 : Des contrats visant à générer et sécuriser les revenus du projet BOT

1028. Les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation tendent, d'une part, à sécuriser les approvisionnements et la demande (I) tout en visant, d'autre part, à transférer les risques de marché ainsi que certains risques d'exploitation (II).

I- Quête d'une sécurisation des approvisionnements et de la demande

1029. La quête de la sécurisation des approvisionnements se réalise à travers le contrat d'approvisionnement ou de fourniture (A) tandis que la quête de la sécurisation de la demande se réalise par le contrat de vente/prestation ou livraison (B).

²⁶²² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 255; *adde*: UNIDO BOT Guidelines, op. cit., p. 276 où il est précisé que: “As a rule, the project agreement will specify, under the technology transfer provision, that an appropriate number of copies of plans, as-built drawings, blueprints, operating manuals, instructions and computer programs (including licenses to use such as programs, where appropriate) are to be turned over to the host government at the time of transfer”.

²⁶²³ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 112.

A- Le contrat d'approvisionnement – la modalité « supply or pay »

1030. Indiquons d'emblée que tous les projets BOT ne nécessitent pas des contrats d'approvisionnement, soit qu'un marché compétitif de fournitures et une aisance dans l'acheminement de celles-ci existent²⁶²⁴, soit que la nature même du projet – par exemple une autoroute – n'exige pas d'approvisionnement²⁶²⁵. Dès que l'approvisionnement s'avère indispensable pour le fonctionnement de l'ouvrage, il soulève un certain nombre de difficultés à savoir : la fiabilité des fournitures, leur transport et stockage éventuel ainsi que leur coût²⁶²⁶. De fait, l'approvisionnement est fonction de la nature du projet de sorte que les obligations et modalités de contrats d'approvisionnement varient en fonction du projet en cause. Ce type de contrat consiste en règle générale en l'engagement d'un fournisseur de livrer une certaine quantité de fournitures ayant certaines qualités, à un prix déterminé²⁶²⁷. Ces contrats présentent par conséquent des traits communs et contiennent, dès que la nécessité s'en fait sentir, la modalité « supply or pay » (littéralement « fournir ou payer »)²⁶²⁸.

1031. La modalité « supply or pay » fait peser sur le fournisseur l'obligation de livrer à la société du projet des produits ou services (carburants ou transport de ces carburants par exemple) ou, à défaut, de faire exécuter cette obligation par des moyens alternatifs à ses frais ou, en cas de défaillance, à indemniser la société du projet lorsque celle-ci a fait exécuter ladite obligation²⁶²⁹. Toutefois, la rigueur de l'obligation du fournisseur pourrait être atténuée par des « excuses » négociées d'accord parties, telles les événements de force majeure ou l'inexécution de ses obligations par la société du projet²⁶³⁰. Le contrat d'approvisionnement doit également très précisément régler les modalités de transport²⁶³¹ et de stockage éventuels des fournitures, même si ces questions dépendent de la nature des fournitures en question. Ainsi le cas échéant, les parties doivent généralement déterminer celle sur laquelle pèseront la charge des risques et les responsabilités de conservation des fournitures jusqu'à leur utilisation dans l'exploitation de l'ouvrage. Le fournisseur sera

²⁶²⁴ Dans de tels cas, considérés comme rares, il appartient généralement à l'exploitant d'approvisionner le projet : Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 189. L'auteur précise cependant que : "If contracts are thought not to be needed for a project, several risks need to be considered before rejecting their importance completely. These include an examination of the sources and availability of fuel or other input by a market analysis projection of current and future availability and price (...)"

²⁶²⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 274.

²⁶²⁶ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 189; *adde*: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 276.

²⁶²⁷ Cf. en sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 273. Pour d'autres modalités d'approvisionnement Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 191-192 où l'auteur cite: (i) "fixed amount", (ii) "requirements", (iii) "output", (iv) "spot", (v) "dedicated reserves" et (vi) "firm versus interruptible".

²⁶²⁸ En ce sens Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 189.

²⁶²⁹ *Ibid.* ; *adde*: F. Dessault, « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », in RDAI, n° 1, 1998, p. 15 préc. note 6 ; B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », in JTbe n° 6354, mai 2009, p. 351.

²⁶³⁰ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 189.

²⁶³¹ L'exemple intéressant relatif à des projets de production d'énergie au charbon en Inde est cité en raison de la pénurie – qualifiée d'historique – de wagons pour assurer le transport du charbon des mines jusqu'aux installations de production d'électricité. Une solution à ce problème a consisté en la création, par les chemins de fer indiens, du programme « Own Your Own wagons » qui permet à des personnes privées, en vue de faire transporter leurs biens, d'acheter des wagons et de les louer ensuite aux chemins de fer aux fins de transport : Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 280.

souvent tenu de souscrire une assurance – nonobstant comme nous l’avons vu une couverture globale du projet – pour toutes les opérations qu’il réalise sur les fournitures jusqu’au point de leur utilisation effective par l’infrastructure. Une telle utilisation permet à la société du projet de pouvoir exécuter ses propres obligations au titre du contrat de vente/prestation.

B- Le contrat de vente/prestation – la modalité « take or pay »

1032. Mises à part les hypothèses dans lesquelles le projet offre ses produits/services directement au marché (« world spot market ») ou obtient des paiements directement des clients ou usagers, les opérations BOT reposent parfois sur des contrats de vente/prestation²⁶³². Ces contrats – générateurs à titre principal de cash flow – jouent en effet un rôle central dans la mise en œuvre de tels projets, l’acheteur/preneur étant considéré comme un des moteurs du projet²⁶³³. L’acheteur/preneur – il peut cependant y en avoir plusieurs – est généralement une entité locale, offrant ou exploitant un service collectif, qui va acheter les produits/services de la société du projet pour les revendre, soit directement auprès des usagers finaux, soit auprès d’autres acheteurs.

1033. En pratique, le contrat de vente/prestation doit refléter la nature des produits/services proposés et épouser la structure du marché du projet. Les modalités de vente/prestation sont en effet nombreuses²⁶³⁴ dont une – la modalité « take or pay » – couramment utilisée dans les projets BOT. Cette dernière mérite un examen attentif en raison de ses rationalités et mécanismes originaux. La modalité « take or pay »²⁶³⁵ doit d’emblée être distinguée de la modalité « take and pay », même si ces deux modalités peuvent se cumuler en pratique. Dans cette dernière modalité toutefois, la naissance de l’obligation de paiement ou d’achat des fournitures est subordonnée à l’offre « réelle et effective » de délivrer les fournitures par le vendeur : c’est dire en d’autres termes que le paiement n’est exigé que lorsque les biens ont été produits²⁶³⁶.

1034. La modalité (ou clause) « take or pay » peut, selon M. François Dessault, être définie comme étant « l’obligation, généralement dans un accord de fourniture à long terme, prévoyant le paiement de marchandises par l’acheteur au profit du vendeur dès lors que ce dernier a placé lesdites marchandises à disposition de l’acheteur et que ce dernier n’a pas exécuté son obligation d’enlèvement laquelle est stipulée comme étant une obligation

²⁶³² Pour M. Jeffrey Delmon en effet: “Offtake purchase agreements will only be appropriate to certain types of projects (power projects, water projects and production (industrial) projects. However, BOT projects will often be structured without an offtake purchase agreement”: J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 258.

²⁶³³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 257-258; *adde*: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 209.

²⁶³⁴ Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 210-211 où l’auteur cite: (i) “take or pay”, (ii) “take and pay”, (iii) “blended”, (iv) “long-term sales agreements” et (v) “spot sales”.

²⁶³⁵ Pour un examen approfondi de cette modalité, Cf. F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », in RDAI, n° 1, 1998, op. cit., p. 3-15 ; A. F. Brooke II, « Great expectations : assessing the contract damages of the take-or-pay producer », 70 Texas Law Review, 1992, 1469 ; *adde* pour des études comparées au droit belge : B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », in JTbe n° 6354, mai 2009, op. cit., p. 349-358 ; O. Vanden Berghe, « Take or pay clausules naar Belgisch contractenrecht », in TBH 2009/9, nov. 2009, p. 859-868.

²⁶³⁶ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 210.

de résultat »²⁶³⁷. Dans un projet BOT plus précisément, la modalité « take or pay » consiste en l'obligation pour le client (cocontractant de la société du projet) de payer les biens ou services « productibles » par la société du projet, dès lors que celle-ci maintient au profit de ce client sa capacité de production ou de livraison de ces biens ou services²⁶³⁸. M. Scott Hoffman précise alors que : *“Under this structure, the off-take purchaser makes payments for capacity whether or not the project company actually generates the good or service at the purchaser’s request. The payment obligation of the buyer for the capacity component is unconditional”*²⁶³⁹. Toutefois, les parties prévoient généralement dans leur accord une possibilité de rattrapage (“make up”) qui consiste à permettre à l’acheteur empêché de prendre livraison, et dès lors tenu au titre de l’obligation « take or pay », d’avoir accès à des quantités de marchandises en remplacement des quantités non prises par lui initialement²⁶⁴⁰. En l’absence d’une telle clause, les sommes payées pour les quantités non enlevées seraient définitivement perdues pour l’acquéreur, pour lequel le rattrapage n’est au demeurant pas gratuit²⁶⁴¹.

1035. Plus concrètement, même si la nature précise de la modalité « take or pay » varie d’un contrat à un autre, un contrat de vente/prestation contenant une telle modalité est comparable à une garantie²⁶⁴². Il en est ainsi d’autant plus que les parties vont généralement prévoir, pour le prix de vente/prestation, un système de paiement à deux composantes (Cf. *infra* n^{os} 1057 à 1059) : d’une part, une composante à coûts fixes (droits de capacité) et, d’autre part, une composante à coûts variables (droits d’usage)²⁶⁴³. Pour cette raison, un auteur affirme que la modalité « take or pay » fait incontestablement partie des instruments nécessaires à la sécurité d’un grand projet²⁶⁴⁴. A titre d’illustration, on a pu dire du projet FOXTROT réalisé en Côte d’Ivoire que : *« Le schéma se rapproche des financements de projets en concession (BOT), l’obligation de « take or pay » étant transférée et arbitrée par l’Etat par le jeu du plan de production de référence et du*

²⁶³⁷ F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 4; *adde*: G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 113: *“The basic idea of a take-or-pay sales agreement is that the purchaser will agree to purchase over a specified period a minimum quantity of the project company’s product at an agreed price. If the purchaser does not purchase (or take) the minimum quantity, then he will be obliged to pay as if he had (but usually only if the project company was able and willing to deliver the product in question)”*.

²⁶³⁸ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 210.

²⁶³⁹ Ibid. (C’est l’auteur qui souligne dans le texte).

²⁶⁴⁰ F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 11 ; *adde* : B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 352.

²⁶⁴¹ B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 352 où ces auteurs affirment que le « make up » contribue à introduire une certaine flexibilité dans le mécanisme de l’engagement « take or pay », mais demeure néanmoins sujet à certaines limites d’ordre physique (limites de production, de stockage ou de transport du produit) ou d’ordre contractuel (durée de validité du report du crédit, variation du prix du produit, droit de priorité éventuel dont disposerait ou non l’acquéreur).

²⁶⁴² Cf. en ce sens F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 5 où l’auteur précise que l’exécution de l’obligation « take or pay » est l’un des moyens destinés à assurer le service de la dette du projet ; *adde* : B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 350 ainsi que les références citées en note 4. Pour ces auteurs, le contrat de fourniture du produit, assorti de la clause « take or pay », constitue pour l’investisseur une garantie du remboursement par le producteur des emprunts à long terme qu’il a souscrits.

²⁶⁴³ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 210; *adde*: F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 5.

²⁶⁴⁴ F. Dessault, « L’obligation d’achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 5. L’auteur affirme toutefois (p. 6) que le contenu de cette modalité varie en fonction des projets, pouvant être plus ou moins contraignante, de sorte qu’elle offre des garanties plus ou moins étendues en pratique.

*contrat de cession à la CIE, avec une obligation irrévocable de paiement qui porte bien sûr sur des quantités définies « ex ante », l'obligation de fourniture en étant le corollaire »*²⁶⁴⁵. De plus, grâce à la modalité « take or pay », le contrat de vente/prestation constitue l'exemple typique de contrats que nous avons analysés et qui font souvent l'objet de cession au profit des prêteurs dans les opérations BOT.

1036. La modalité « take or pay » n'est cependant pas sans poser des difficultés dans certains systèmes juridiques²⁶⁴⁶ et, plus généralement, au regard du droit de la concurrence²⁶⁴⁷. On recommande dès lors que la validité des contrats contenant cette modalité, y compris le système de paiement qu'il impose, soit passée au crible du droit local²⁶⁴⁸. Par ailleurs, le contrat de vente/prestation en raison de son grand intérêt pour le projet BOT tend à prendre un caractère unique pour chaque projet. Il doit en effet être taillé sur la mesure des spécificités du projet et des exigences des partenaires. Toutefois, il contient généralement un certain nombre de dispositions usuelles qui en déterminent le squelette telles, les clauses de répartition de la capacité de production, d'option de capacité, de réserve de capacité ou encore de pénalités pour droits de capacité (« standby charge »)²⁶⁴⁹. En fin de compte, l'objectif de sécurisation des approvisionnements et de la demande tel qu'analysé a pour effet de transférer les risques de marché et certains risques d'exploitation aux cocontractants de la société du projet.

²⁶⁴⁵ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 853.

²⁶⁴⁶ Pour une analyse approfondie du régime juridique de la clause « take or pay » et des difficultés qu'elle soulève notamment en droit belge, Cf. B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 353-358. M. François Dessault identifie trois types de difficultés principalement : (i) la qualification possible de la modalité « take or pay » en clause pénale ; (ii) la validité de la renonciation par le débiteur de l'obligation à se prévaloir de l'inexécution de l'obligation « take or pay » en cas de survenance d'événement de force majeure et, (iii) l'exercice d'éventuelles pratiques discriminatoires à l'encontre du débiteur de l'obligation « take or pay » : F. Dessault, « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 12-14. Pour cet auteur en effet (p. 4), l'évolution dans la pratique contractuelle internationale tendant à recourir fréquemment à cette modalité, si elle se confirmait, serait de nature à soulever des incertitudes juridiques selon le secteur et la structure du marché concerné. L'auteur souligne que cette modalité instaure un système de sanction très singulier qui permet de déterminer contractuellement certaines conséquences de l'inexécution d'une obligation principale dans un contrat de fourniture, une telle sanction pouvant souvent être très lourde puisqu'elle peut consister en un paiement à 100% de la valeur des marchandises concernées. Par ailleurs, cette modalité peut trouver à s'appliquer sans qu'un préjudice grave soit nécessairement constaté et sans que sa mise en œuvre entraîne obligatoirement une rupture contractuelle de sorte que l'appréciation de sa validité ferait resurgir la question classique relative aux clauses pénales.

²⁶⁴⁷ Cf. sur les effets restrictifs de concurrence de la modalité « take or pay », F. Dessault, « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 14 où l'auteur opère une distinction selon que le contrat de vente est conclu avec des entités localisées économiquement et juridiquement dans les « pays émergents » ou non ; *adde* pour un aperçu des clauses « take or pay » *versus* libéralisation du marché européen du gaz, Cf. B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 352-353. Pour ces auteurs, les contrats « take or pay » à long terme ont dressé, dans de nombreux pays et dans le secteur de l'énergie, un obstacle important à la libéralisation. Cette libéralisation ne sonne cependant pas, selon eux, le glas des contrats à long terme ni des clauses « take or pay » qu'ils renferment.

²⁶⁴⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 259.

²⁶⁴⁹ Pour un examen ainsi que des modèles de telles clauses, Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 215-216 ; *adde* pour une analyse des obligations essentielles des contrats de vente/prestation, J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 261-272.

II- L'objectif de transfert de risques de marché et de certains risques d'exploitation

Les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation visent tout d'abord à transférer les risques de marché (A) et, ensuite, à transférer certains risques d'exploitation (B).

A- L'objectif de transfert de risques de marché (prix et demande)

1037. Les approvisionnements et les ventes souffrent souvent d'une forte volatilité sur les marchés et créent par conséquent des risques défavorables de fluctuations tant en termes de prix, de coûts que de la demande. La société du projet et les prêteurs sont généralement réticents à prendre en charge de tels risques : ils vont ainsi tenter de le transférer et/ou réduire en concluant des contrats d'approvisionnement et de vente/prestation contenant les différents mécanismes sus-analysés. En pratique, les risques de marché sont en règle générale transférés au fournisseur du projet par la conclusion avec ce dernier d'un contrat d'approvisionnement contenant une formule de prix fixe mais indexé²⁶⁵⁰. D'un autre côté, le fournisseur du projet s'engage à fournir des quantités déterminées. Il peut, dans le cas contraire, subir une réduction du prix dû par la société du projet ainsi que, dans les hypothèses de « supply or pay », être contraint de fournir la société du projet par des voies alternatives et à ses frais ou indemniser celle-ci si cette dernière était contrainte d'obtenir autrement des fournitures. Ceci place par conséquent le risque de pénurie sur les épaules du fournisseur²⁶⁵¹.

1038. Par ailleurs, les contrats de vente/prestation – généralement de long terme – dès lors qu'ils tendent à garantir l'achat de l'ensemble ou d'une partie minimum convenue de la production de la société du projet, contribuent sans aucun doute à réduire et transférer les risques de fluctuations défavorables de demande ou de prix. Autrement, de tels risques pèseraient sur la société du projet²⁶⁵². Il paraît également possible de rédiger les contrats de sorte à rendre, durant certaines périodes, les revenus du projet indépendants ou moins dépendant de la demande en fonction de la source desdits revenus²⁶⁵³. Ainsi par exemple en matière de production indépendante d'électricité, on a même pu constater que le contrat de vente d'électricité élimine le risque de marché en intégrant le projet dans le secteur électrique du pays d'accueil, faisant apparaître l'outil de production nouveau comme un des éléments du système d'offre à la disposition du distributeur local²⁶⁵⁴.

1039. En définitive, les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation ont vocation à transférer et/ou réduire les risques de marché par le biais d'un certain nombre de mécanismes contenus dans les stipulations contractuelles tels les modalités « take or

²⁶⁵⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 275; adde: Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 189 où l'auteur présente d'autres mécanismes de réduction ou couverture de risques de marché dans l'hypothèse où il serait impossible de conclure un contrat avec une formule de prix fixe.

²⁶⁵¹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 275.

²⁶⁵² Cf. en ce sens E. A. Nkounkou, « Les projets Build, Operate and Transfer (BOT): une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux », op. cit., p. 54.

²⁶⁵³ En ce sens Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, « The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision », op. cit., p. 47-48. Pour ces auteurs: « When the source of revenues is the procuring authority, the contract that eliminates this risk has a fixed term, with payments contingent on the availability of infrastructure (...). When the user fees are the main source of revenue, the appropriate contract is present value of revenue (PVR) contract, which specifies a fixed present value of revenue, under a variable length of contract ».

²⁶⁵⁴ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 429-430.

pay », « supply or pay » ou encore les droits de capacités et d'usage. Ces mécanismes contribuent également, dans une certaine mesure, à l'objectif de transfert de certains risques d'exploitation.

B- L'objectif de transfert de certains risques d'exploitation

1040. Le fournisseur du projet se voit transférer un certain nombre de risques d'exploitation, notamment en ce qu'il s'engage à livrer une certaine quantité de fournitures ayant certaines qualités et à un moment déterminé. Il s'ensuit que lorsqu'une livraison est tardive, insuffisante ou de mauvaise qualité, les performances du projet en seront affectées et le fournisseur pourra voir sa responsabilité engagée pour de tels manquements : il peut donc supporter tout ou partie du risque de mauvaise performance du projet²⁶⁵⁵. Toutefois, la détermination de la qualité d'une fourniture suppose un régime précis d'analyses ou tests – de laboratoire – (Cf. *infra* n 1051 et 1052), d'autant plus que la qualité d'une fourniture livrée peut soulever des questions complexes. En effet, les méthodes de détermination de la qualité d'une fourniture sont nombreuses et il peut y avoir malgré tout des usages variés de fournitures n'ayant pas respecté les critères de qualité indiqués²⁶⁵⁶.

1041. L'acheteur/preneur supporte également une partie des risques d'exploitation. En effet, outre ses actes ou omissions en rapport avec le contrat de vente/prestation, sa responsabilité peut également être activement recherchée, notamment lorsqu'il a la charge de la gestion du système de transmission ou de transport des produits/services²⁶⁵⁷. Dans certains cas, il pourra même être coresponsable d'une défaillance dans l'exploitation, au côté de l'exploitant voire même du constructeur. Pour cette raison, les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation matérialisent la coopération entre partenaires par la réalisation concrète et notamment le suivi du projet qu'ils entraînent.

Sous-section 2 : Des contrats matérialisant la coopération entre partenaires par la réalisation concrète et le suivi de la finalité du projet

1042. En tant qu'ils matérialisent la coopération entre partenaires, les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation réalisent concrètement (physiquement) la finalité du projet. A cet effet, ils intègrent et modalisent à la fois l'ensemble des autres contrats du BOT (I) tout en permettant par ailleurs tant des incitations que la possibilité de mesurer l'optimalité du projet (II).

I- Les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation intègrent et modalisent l'ensemble des contrats de l'opération BOT

1043. L'interdépendance contractuelle qui caractérise le BOT se manifeste de manière particulièrement remarquable dans l'imbrication à la fois entre les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation et entre ceux-ci et tous les autres contrats de l'opération. Un auteur a ainsi pu affirmer que: "*In very general terms, what is relevant for*

²⁶⁵⁵ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 275.

²⁶⁵⁶ "*The quality of the input may be measured by the amount of foreign substances present in the input (case for coal). Other input may be measured by purity or possibly by the effort required to use, refine or process the relevant input*": J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 275-276.

²⁶⁵⁷ Ibid. p. 260. L'auteur précise toutefois que: "*This allocation of risk should follow reasonable lines, including the responsibility for those aspects of the project which are in the control of the offtake purchaser; for example, in a power project, the grid and other aspects of transmission system*".

a project company dependent on particular supply is security of supply and an acceptable fit of any take-or-pay obligation contained in the supply contract with other project contracts”²⁶⁵⁸. Ce constat est également valable pour les contrats de vente/prestation, de sorte qu’il en résulte qu’ils intègrent et modalisent en même temps tous les autres contrats de l’opération BOT²⁶⁵⁹. On remarque ainsi, d’une part, une interdépendance étroite entre le contrat de vente/prestation et tous les autres contrats du projet (A) et, d’autre part, une coopération étroite entre le fournisseur, l’exploitant voire même le constructeur aux fins d’exploitation optimale du projet (B).

A- L’étroite interdépendance entre le contrat de vente/prestation et tous les autres contrats de l’opération BOT

1044. Source principale du cash flow du projet, le contrat de vente/prestation influence et interagit puissamment avec et sur les autres contrats du projet. A ce propos, M. Jeffrey Delmon déclare que: *“The payment provisions of the offtake purchase agreement will need to be co-ordinated with the financing agreement and its debt service requirements as well as the input supply agreement, the operation and maintenance agreement and, possibly, payments due to the construction contractor”*²⁶⁶⁰. Il paraît évident qu’il convient d’ajouter à cette énumération le contrat de BOT dans la mesure où c’est ce dernier qui définit *in fine* les critères de qualité et de quantité des « outputs » et « inputs » requis pour le projet. En matière de production indépendante d’électricité par exemple, le contrat de vente d’électricité est considéré comme revêtant un caractère fondateur en ce qu’il évoque expressément la conclusion des autres accords relatifs au projet²⁶⁶¹.

1045. Bien plus, l’acheteur/preneur et l’exploitant sont amenés à maintenir une coopération permanente pendant toute la durée de la concession et doivent à cet effet mettre au point un mécanisme efficace de communication²⁶⁶² (Cf. *supra* n° 1021). De plus, l’acheteur/preneur devra également coopérer avec le constructeur, d’abord pendant la phase de construction²⁶⁶³ et ensuite pendant les différentes phases d’essais²⁶⁶⁴ (Cf. *supra* n° 1020). De plus, un contrat de vente/prestation assorti de la clause « take or pay » paraît présenter l’avantage, aussi bien pour l’acquéreur que pour le vendeur, de pouvoir sécuriser, pour l’un ses approvisionnements, pour l’autre l’écoulement de son produit dont

²⁶⁵⁸ G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 113.

²⁶⁵⁹ Cf. en ce sens P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d’électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 429 où l’auteur affirme, à propos de la production d’électricité, que les vertus « sécurisantes » du contrat de vente d’électricité font de son élaboration et de sa négociation une étape cruciale du projet dans la mesure où sa signature constitue le point de départ de l’échéancier du montage voire même de la date de clôture de l’arrangement financier (c’est l’auteur qui souligne l’expression sécurisante).

²⁶⁶⁰ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 264.

²⁶⁶¹ En ce sens Cf. P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d’électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 429. L’auteur ajoute que la conclusion des autres contrats peut aussi constituer une condition suspensive du contrat de vente d’énergie.

²⁶⁶² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 261.

²⁶⁶³ En matière de production d’électricité, on estime ainsi que le contrat de vente d’électricité regroupe l’ensemble des dispositions figurant dans les autres contrats à propos de la consistance des ouvrages et de leur intégration au projet : Cf. P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d’électricité dans les Etats en développement », op. cit. p. 438.

²⁶⁶⁴ On estime par exemple, toujours en matière de production d’électricité, qu’une certaine forme d’association du distributeur à l’exploitation de l’usine et à sa construction est obtenue par l’obligation contractuelle de transmettre au distributeur les plannings d’étude et de construction des ouvrages, ainsi que des différentes étapes des essais préalables à la réception et à la mise en service : Cf. P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d’électricité dans les Etats en développement », op. cit. p. 439.

il peut en outre planifier la production en vue d'en assurer un écoulement régulier²⁶⁶⁵. Un tel écoulement régulier et continu contribuerait également à réduire le coût marginal de production²⁶⁶⁶.

1046. Par ailleurs, une méthode permettant de maintenir l'équilibre financier du projet tout en se protégeant des risques du marché consiste à lier « inputs » et « outputs ». En effet, en dehors de la possibilité d'introduire dans les contrats d'approvisionnement et de vente/prestation des clauses de renégociations de prix permettant de prendre en compte les évolutions du marché (Cf. *infra* n° 1206), les prix des produits/services (« outputs ») peuvent être liés aux prix des intrants (« inputs ») de sorte à réduire la sensibilité du projet aux fluctuations des prix et coûts « des inputs »²⁶⁶⁷. Au final, l'interdépendance étroite entre le contrat de vente/prestation et tous les autres contrats du projet est complémentaire de l'étroite coopération entre le fournisseur et certains autres partenaires à l'effet d'une exploitation optimale de l'ouvrage.

B- L'étroite coopération entre fournisseur, constructeur et opérateur aux fins d'exploitation optimale de l'ouvrage

1047. Le fournisseur est amené à coopérer avec les autres partenaires pendant l'exploitation de l'ouvrage, notamment avec l'exploitant mais également avec le constructeur voire avec le partenaire public. Le fournisseur est tout d'abord amené à coopérer avec le constructeur dans la mesure où ce dernier a généralement besoin de fournitures pour réaliser les essais (aussi bien les tests de performance que les essais avant réception) mais également peut vouloir, pour la bonne marche du projet et afin de limiter sa responsabilité, s'enquérir des quantité et qualité de fournitures livrées²⁶⁶⁸. Le fournisseur devra également coopérer avec l'exploitant, aussi bien pour déterminer les quantités de fournitures nécessaires que pour les modalités de leur livraison sur le site des installations, d'autant plus que la société du projet doit pouvoir moduler les quantités fournies proportionnellement aux ventes qu'elle effectue²⁶⁶⁹.

1048. De plus, le contrat d'approvisionnement exerce une influence non négligeable sur la pérennité et la stabilité du projet. En effet, les partenaires peuvent négocier la subordination du paiement de certaines fournitures au remboursement des dettes du projet, ce qui entraîne une réduction du risque lié au prix des fournitures²⁶⁷⁰. De même, le fournisseur peut être associé au projet, par une prise de participations dans la société du projet, ce qui peut permettre que les fournitures soient livrées à la limite du coût de production dans la mesure où les profits seront récupérés dans les ventes/prestations²⁶⁷¹.

²⁶⁶⁵ B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre, « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », op. cit., p. 350.

²⁶⁶⁶ Ibid.

²⁶⁶⁷ Cf. en ce sens Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 191.

²⁶⁶⁸ En ce sens Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 276.

²⁶⁶⁹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 276-277. L'auteur indique par exemple que: "Delivery to the site may be complicated; for example, where the input used is considered to be potentially dangerous item and therefore heavily regulated, or where transportation and storage are complicated". Cette remarque fait penser aux combustibles nucléaires dont la manipulation est des plus délicate.

²⁶⁷⁰ Cf. Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 192. Pour l'auteur ces accords de subordination doivent être négociés avec grand soin.

²⁶⁷¹ Ibid.

1049. Plus profondément, dans l’optique de préserver l’intérêt national, le partenaire public veille généralement à ce que le projet profite au maximum à l’économie locale. Il arrive alors qu’il impose un approvisionnement local, ce qui présente également un certain nombre d’avantages pour les promoteurs du projet, notamment en termes d’ancrage local du projet et de protection contre les risques politiques²⁶⁷². Toutes ces mesures résultant d’une interdépendance structurelle et contractuelle et créant une coopération étroite entre partenaires sont également appuyées par des procédures incitatives et de mesure de l’optimalité du projet.

II- Des contrats assis sur des procédures incitatives et de mesure de l’optimalité du projet

1050. Les contrats d’approvisionnement et de vente/prestation sont assis sur un ensemble de procédures incitatives et de mesure de l’optimalité du projet. Ils permettent ainsi que soient mis sur pied des analyses ou « testing » et que soient appliqués des mécanismes servant à mesurer l’efficacité des approvisionnements (« input efficiency ») (A) mais également des mécanismes distinguant droits de capacité et droits d’usage (B).

A- Analyses (« testing ») et mesure de l’efficacité des approvisionnements (« input efficiency ») : assurer et coordonner quantité et qualité

1051. Les quantités de fournitures nécessaires à l’exploitation du projet sont généralement l’objet d’une détermination précise, même si celles-ci obéissent parfois à une demande cyclique liée à la courbe de production. Ainsi par exemple, dans une opération de production d’électricité, la fourniture du fuel sera importante, dans les pays chauds, en été ou durant la saison sèche en raison d’un usage accru de la climatisation ou d’autres systèmes de refroidissement²⁶⁷³. Des procédures précises – y compris celle de règlement d’éventuels différends – doivent être établies par les parties pour mesurer et vérifier les quantités livrées, de sorte à assurer leur conformité aux stipulations contractuelles²⁶⁷⁴.

1052. D’un autre côté, les analyses (de laboratoire) ou « testing » permettent la vérification de la qualité des fournitures telle que stipulée dans le contrat d’approvisionnement. Le projet est en effet susceptible de perdre de son efficacité dès lors que les fournitures livrées sont de qualité médiocre. La société du projet doit par conséquent établir, très précisément, aussi bien les critères de qualité requis que les analyses et les méthodes pour les vérifier, de même que la fréquence de telles analyses, la prise en charge de leur coût et les voies de résolution de différends relatifs à la qualité²⁶⁷⁵. L’exigence de qualité peut aussi se traduire en l’obligation pour le fournisseur de s’approvisionner en un lieu ou une région déterminée, par exemple lorsque la technologie utilisée dans le projet requiert des fournitures particulières. S’assurer d’une telle fourniture à qualité constante est en effet

²⁶⁷² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 279. Pour l’auteur, “*Locally sourced input can also help the project company manage many of the political risks involved in import and export licences, war and expropriation risks during transportation, insurance costs and cross-border administration*”.

²⁶⁷³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 277.

²⁶⁷⁴ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 193: “*The agreement should include a clear and detailed description of how and where the input will be metered, measured, or weighed (...) The agreement should include provisions for reviewing the measurement data, observing calibration tests, and otherwise monitoring the process as well as provisions for resolving disputes about the measurement process*”.

²⁶⁷⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 281 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd édition 2008, op. cit., p. 194.

susceptible d'optimiser l'exploitation du projet²⁶⁷⁶. Il n'est en outre pas exclu que le fournisseur soit tenu par la société du projet d'offrir une garantie d'exécution de ses engagements, même si l'on affirme que la meilleure garantie dans ce cas consiste à s'assurer des voies alternatives d'approvisionnement²⁶⁷⁷.

1053. Les sanctions du non respect des critères de qualité doivent également faire l'objet de dispositions précises dans le contrat d'approvisionnement²⁶⁷⁸. Pour certains auteurs toutefois, le fournisseur ne devrait pas accepter de réparer l'entier préjudice de la société du projet et de ses prêteurs – à la suite de la livraison de fournitures d'une qualité moindre – et doit pouvoir avoir l'opportunité de corriger le défaut de qualité critiqué²⁶⁷⁹. Bien plus, le système de paiement des fournitures doit être réalisé de sorte à contenir des mécanismes incitatifs pour encourager le fournisseur à livrer les quantités et qualité requises. Le calcul du prix des fournitures doit alors retenir des méthodes raisonnables – par unité de bonne qualité fournie par exemple – visant à assurer la continuité des fournitures²⁶⁸⁰. D'aucuns estiment par contre que le contrat d'approvisionnement doit contenir une articulation précise du prix des fournitures – et éventuellement des mécanismes de leur ajustement – et une répartition claire de la charge des impôts, taxes et autres redevances étatiques²⁶⁸¹.

1054. Le respect des critères de qualité et de quantité des fournitures ne suffit cependant pas dans certains secteurs d'activités pour obtenir une exploitation optimale de l'ouvrage. Dans ces cas, les productions doivent également obéir à des critères comparables de quantité et de qualité en aval. M. Jeffrey Delmon estime ainsi que: “*The offtake purchase agreement will require an efficiency of input use (known in thermal power projects as a “heat rate”) which identifies the number of units of input needed for each unit of output*”²⁶⁸². De même, les parties devront définir non seulement la nature des mesures de quantités produites à effectuer, mais également, les modalités de telles mesures, la localisation des instruments de mesure et leur maintenance²⁶⁸³. Il peut en outre être prévu dans le contrat de vente/prestation d'accorder des bonus dans les cas où l'objectif de performance serait dépassé et si un tel dépassement entraîne un avantage pour le projet²⁶⁸⁴.

²⁶⁷⁶ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 279.

²⁶⁷⁷ Ibid. p. 285 ; *adde* : Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 190 où l'auteur affirme que “*Other alternatives include acquisition of supply sources by the project company, and entering into multiple, partially redundant supply agreements with multiple suppliers*”.

²⁶⁷⁸ Cf. en ce sens P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 436 où l'auteur affirme, en matière de production d'électricité, que les contrats stipulent des spécifications strictes de qualité qui donnent lieu à des vérifications et peuvent déboucher, le cas échéant, sur le refus des combustibles non conformes, et sur l'application de pénalités à l'encontre du fournisseur.

²⁶⁷⁹ En ce sens et sur les sanctions possibles du non respect des critères de qualité, Cf. J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 281.

²⁶⁸⁰ Cf. en ce sens et pour les différentes méthodes de recalcul du prix des fournitures pour tenir compte des évolutions du marché, J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 282.

²⁶⁸¹ Scott L. Hoffman, *The Law and Business of International Project Finance*, 3rd edition 2008, op. cit., p. 193.

²⁶⁸² J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 268. Pour souligner l'interdépendance des opérations et contrats du projet, l'auteur affirme que: “*The operation and maintenance of the project will have an important impact on the efficiency of input use. Input efficiency may also be a function of the demands made by the offtake purchaser*”.

²⁶⁸³ Ibid. p. 269.

²⁶⁸⁴ Ibid. p. 270. L'auteur ajoute: “*These bonuses will generally be proportional to the amount by which actual availability differs from target availability and the extent to which additional availability benefits the project company*”.

1055. Les mesures de quantité ainsi que les analyses de qualité précitées peuvent être menées par l'expert/ingénieur indépendant, dont le rôle a été à plusieurs reprises évoqué, au profit des partenaires ou du moins de certains parmi ceux-ci. Les modalités de son intervention doivent dès lors être précisées au contrat de sorte qu'il mène avec efficacité sa mission sans toutefois interférer dans l'exécution de ses obligations par le fournisseur, et partant, dans le fonctionnement du projet²⁶⁸⁵. Une telle intervention est à même de prévenir certains conflits, par exemple en aidant à déterminer précisément les droits de capacité et d'usage du projet.

B- Les droits de capacité et d'usage – la modalité « pass-through »

1056. Les contrats de vente/prestation donnent généralement lieu à un système de paiement ayant deux composantes soit, d'une part, les droits de capacité et, d'autre part, les droits d'usage. Un tel procédé vise une certaine exploitation optimale du projet, à travers l'incitation qu'elle place sur la société du projet et l'acheteur/preneur. Comme l'affirme un auteur en effet, *“By splitting the charge between these two elements, the project company is given an incentive to ensure that the project is available to the the offtake purchaser and provides sufficient capacity, as required. The offtake purchaser will also compensate the project company for actual use of the project”*²⁶⁸⁶. En pratique, ce système de paiement met en œuvre la modalité « pass-through » que l'on retrouve notamment dans les opérations de production d'électricité²⁶⁸⁷.

1057. Les droits de capacité (ou droits de mise à disposition) constituent les sommes payées par l'acheteur à la société du projet en raison de la mise à disposition par celle-ci des installations et de leur capacité au profit de l'acheteur²⁶⁸⁸. Ils sont établis aux fins de couvrir les coûts fixes de la société du projet tels le service de la dette, les salaires ou encore les assurances²⁶⁸⁹. Ils se déterminent suivant un calcul périodique, lequel peut s'appuyer sur la formule suivante²⁶⁹⁰ : $CF \times DA/OD$ où :

CF = coûts fixes de la société du projet pour la période retenue ;
 DA = disponibilité actuelle réalisée par la société du projet pour la période retenue ; et
 OD = objectif de disponibilité fixé par le contrat de vente pour la période retenue.

1058. Les droits d'usage quant à eux constituent les sommes payées pour les produits/services effectivement pris ou utilisés par l'acheteur pendant la période de paiement²⁶⁹¹. Ils sont imposés pour couvrir les coûts variables de la société du projet tels

²⁶⁸⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 285.

²⁶⁸⁶ Ibid. p. 265.

²⁶⁸⁷ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 117 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 258 ; E. A. Nkounkou, « Les projets Build, Operate and Transfer (BOT) : une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux », op. cit. p. 55 ; F. Dessault, « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », op. cit., p. 15, note 6 où se référant à l'exploitation des gisements de pétrole et de gaz, l'auteur indique qu'en application des « throughput agreements », les sociétés constructrices et exploitantes des pipelines de gaz et de pétrole obtiennent l'engagement des compagnies pétrolières que ces dernières feront transporter par les pipelines, objet de l'investissement, des quantités suffisantes à niveau de prix convenu, de façon à leur assurer un chiffre d'affaires minimal.

²⁶⁸⁸ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 258 et 266.

²⁶⁸⁹ En ce sens Cf. G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 117 ; *adde* : P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit. p. 432-433.

²⁶⁹⁰ Cf. en ce sens G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 118.

²⁶⁹¹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 259.

les dépenses liées aux approvisionnements et autres frais d'exploitation variables²⁶⁹². Ils constituent par ailleurs, la principale source de retour sur investissement de la société du projet²⁶⁹³. Leur calcul pourra s'effectuer selon une formule similaire à celle reprise ci-dessus pour le calcul des droits de capacité avec toutefois l'adaptation conséquente des paramètres de sorte que l'on aura : $CV \times PA/OP$ où :

CV = coûts variables de la société du projet sur la période retenue ;

PA = performance actuelle réalisée par la société du projet sur la période retenue ; et

OP = objectif de performance fixé par le contrat de vente pour la période retenue.

1059. Le système de paiement combinant droits de capacité et droits d'usage paraît à l'observation avantageux et incitatif tant pour la société du projet – dans la mesure où il garantit le paiement de ses coûts et une demande certaine de ses produits ou services – que pour l'acheteur/preneur. En effet, si la capacité du projet n'était pas assurée, les droits de capacité devraient être adaptés en conséquence et la société du projet pénalisée, même si le monitoring par l'acheteur des déclarations de disponibilité de la société du projet s'avère difficile en pratique²⁶⁹⁴. On propose au demeurant que cette difficulté de monitoring des déclarations de la société du projet suscite des dispositions contractuelles prévoyant des pénalités suffisamment élevées que pour dissuader celle-ci de faire des déclarations inexactes²⁶⁹⁵.

1060. En définitive, le système combinant droits de capacité et droits d'usage vise une exploitation optimale du projet puisqu'il permet que la composante droits de capacité soit fixée à niveau raisonnable²⁶⁹⁶ et que la composante droits d'usage soit ajustée en cas de besoin²⁶⁹⁷. Il en résulte alors un mode de rémunération incitatif et tourné vers l'optimalité. Dans le secteur de la production d'électricité, un auteur a pu dire que « *Ce mode de rémunération est donc fondé sur un dialogue et une transparence constants – garants de la faisabilité du projet – entre la société du projet, l'exploitant, et le distributeur local d'électricité, qui permettent éventuellement l'atténuation d'une charge imprévue ou mal évaluée pour la rentabilité du projet* »²⁶⁹⁸. Plus fondamentalement, l'ensemble des contrats et structures sus-analysés, leur interdépendance ainsi que les différents mécanismes qu'ils mettent en jeu contribuent, à travers une étroite coopération des partenaires, à gérer la nature fondamentalement incomplète du contrat de BOT de sorte à permettre la réalisation optimale sa finalité.

²⁶⁹² G. Vinter, *Project Finance – A legal Guide*, 3rd ed. 2006, op. cit., p. 117 ; *adde* : J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 259 ; E. A. Nkounkou, « Les projets Build, Operate and Transfer (BOT) : une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux », op. cit., p. 55 ; P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 433-434.

²⁶⁹³ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 267.

²⁶⁹⁴ Cf. en ce sens J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 267 ; *adde* : P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 432-433 où l'auteur indique que, d'une part, le dispositif de rémunération peut comporter un mécanisme de primes et de pénalités en fonction des résultats techniques d'exploitation et, d'autre part, la partie fixe de la rémunération est ajustable, par exemple annuellement, en rapportant la puissance effectivement souscrite à la puissance nominale garantie, et la disponibilité réellement constatée sur la période convenue.

²⁶⁹⁵ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 267.

²⁶⁹⁶ Cf. en ce sens E. A. Nkounkou, « Les projets Build, Operate and Transfer (BOT) : une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux », op. cit., p. 56. Pour l'auteur, des droits de capacité élevés grèvent la capacité d'achat du client (autorité contractante) et accroissent le risque de défaillance ou de résiliation du contrat.

²⁶⁹⁷ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 258.

²⁶⁹⁸ P. Blanchard, « Montages contractuels de projets de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », op. cit., p. 434.

TITRE II : UNE COOPÉRATION ÉCONOMIQUE COMME RÉSULTANTE DE LA FINALITÉ ET DE LA NATURE DU CONTRAT DE BOT ET GARANTE NÉCESSAIRE DE LA COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS ENTRE PARTENAIRES
--

1061. L'examen de la finalité du BOT permet de cerner le but de la participation du partenaire public, un tel but et sa satisfaction justifiant le recours à cette technique. De manière générale, l'approche finaliste appliquée à l'action des autorités publiques tend à découvrir le but (la fin) visé par ces autorités dans des secteurs spécifiques. La manière dont ces autorités interviennent est alors quelque peu secondaire. Celles-ci peuvent par exemple intervenir pour imposer des règles de conduite par la voie de dispositions générales et impersonnelles (lois et règlements)²⁶⁹⁹ ou encore être partie à un contrat tendant à réaliser un objectif d'intérêt général ou collectif – ce qui nous semble être le cas dans le cadre du BOT. Dans ce dernier cas, on estime que parce que le but du contrat a la primauté, les effets recherchés par celui-ci sont en son cœur en sorte que l'ajustement s'impose pour que les effets obtenus et les effets recherchés coïncident, au besoin par la modification des engagements et dans la limite où le but de service public l'entraîne²⁷⁰⁰.

1062. L'interdépendance structurelle et contractuelle du BOT qui vient d'être analysée contribue à renforcer la thèse d'une finalité globale de l'opération de BOT. Bien plus, il est admis qu'une interdépendance intense crée le besoin d'une coopération active²⁷⁰¹. Ainsi, avons-nous au demeurant postulé que le BOT est un instrument de coopération économique. Toutefois, une telle appréhension du BOT doit également être sous-tendue par l'appréciation du résultat final atteint par ou que vise les parties et pas uniquement par l'examen isolé des éléments constitutifs de l'opération. Le BOT rend en effet indispensable la mise au point d'une technique claire, car le résultat final qu'il permet d'atteindre diverge radicalement de ses composantes, en raison notamment tant des intérêts en présence que d'une nature particulière liée à la longue durée de l'opération et à sa dynamique interne. Il en résulte que le BOT s'avère être une opération à finalité globale qui impose une coopération étroite aux fins de réalisation optimale et pérenne d'objectifs d'intérêt général (chapitre 1). L'exigence d'une coopération étroite est par ailleurs liée à la nature fondamentalement incomplète du contrat de BOT (chapitre 2).

²⁶⁹⁹ V. en ce sens X. Dieux, « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », in JTbe n° 5583, mars 1991, p. 201 et s.

²⁷⁰⁰ M.-A. Frison-Roche, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 52.

²⁷⁰¹ Cf. en ce sens Ian R. Macneil, "Exchange revisited: Individual utility and social solidarity", in *Ethics*, vol. 96, n° 3, 1986, p. 585.

CHAPITRE 1 : LA FINALITÉ GLOBALE DU BOT IMPOSE UNE COOPÉRATION ÉTROITE AUX FINS DE RÉALISATION OPTIMALE ET PÉRENNE D'OBJECTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

1063. « Il faut même observer que la considération du but à atteindre est probablement la première question que se pose chronologiquement, dans un bon nombre de cas, le juriste en quête d'une solution »²⁷⁰². Cette affirmation nous semble d'autant plus justifiée en l'espèce qu'il est admis que loin d'être une règle figée, l'intérêt général s'inscrit comme un objectif global dans un programme de transformation économique de la société²⁷⁰³. En effet, les instruments du BOT sont considérés comme étant conçus avant tout « de façon pragmatique, par leur *finalité* et non par leurs caractéristiques juridiques »²⁷⁰⁴. Dès lors, opération à finalité globale, le BOT tend à la réalisation d'un objectif d'intérêt général (section 1). En outre, la participation des partenaires privés à la réalisation d'un tel objectif fonde la légitimité du profit qu'ils tirent de l'opération (section 2). D'un autre côté, tant pour réaliser l'objectif d'intérêt général que pour en tirer des profits, la quête de l'optimalité apparaît pour l'ensemble des partenaires comme le moteur d'une coopération assise sur une combinaison d'intérêts (section 3). Enfin, pour assurer et pouvoir vérifier une telle coopération sur le long terme, le BOT impose par ailleurs la mise en œuvre d'un cadre et de mécanismes précis. Il constitue dès lors un instrument de « contrôlabilité » (section 4).

SECTION I : LE BOT POURSUIT UNE FINALITÉ GLOBALE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

1064. Postuler que le BOT poursuit une finalité globale laquelle est d'intérêt général pose la question – urgente et fondamentale – de ce qu'est l'intérêt général (sous-section 1) et de comment un tel intérêt se manifeste dans le cadre de l'opération BOT (sous-section 2). On a en effet pu dire que des finalités axiologiques contradictoires peuvent être servies par une seule et même notion légale large, la variabilité de son contenu étant en réalité tributaire d'un jugement de valeur à la hauteur de ces finalités²⁷⁰⁵. Tel nous semble être le cas de la notion d'intérêt général, encore faut-il que cette affirmation soit vérifiée.

Sous-section 1 : La notion d'intérêt général

1065. L'intérêt général semble apparaître comme une notion à la fois fonctionnelle et conceptuelle. De fait, l'observation révèle qu'il s'agit d'une notion évolutive et à contenu et géométrie variables (I). Pour ces raisons, la notion apparaît controversée et contestée, notamment par la théorie des choix collectifs (« public choice theory ») (II).

I- Une notion évolutive et à contenu et géométrie variables

1066. Selon un auteur, l'intérêt général se définit mal par sa substance mais plus exactement par une volonté, celle de promouvoir les intérêts fondamentaux d'une société dans un cadre et une époque donnés²⁷⁰⁶. Il tendrait donc à fédérer des objectifs plus qu'à

²⁷⁰² H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », in *Le droit investi par la politique*, APD n° 16, Paris, Sirey, 1971, p. 7.

²⁷⁰³ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 19.

²⁷⁰⁴ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 419.

²⁷⁰⁵ Cf. en ce sens, X. Dieux, « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », op. cit. p. 206.

²⁷⁰⁶ B. Mathieu, « Propos introductifs » in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 6.

rassembler des dispositions et apparaît ainsi difficile à appréhender, tout comme il se prête facilement aux manipulations²⁷⁰⁷. La notion d'intérêt général semble alors être perçue sur le plan scientifique comme une notion idéologique²⁷⁰⁸ et controversée²⁷⁰⁹, constituant à la fois un principe fondateur de la société et de l'Etat et une notion cardinale du droit public²⁷¹⁰. Il s'agirait par ailleurs d'une notion à mi-chemin entre le droit et la politique²⁷¹¹. Qualifiée à la fois de fonctionnelle et de conceptuelle, la notion d'intérêt général connaîtrait un double aspect statique et dynamique (A) mais conserve un caractère ambivalent (B).

A- L'intérêt général : notion fonctionnelle et conceptuelle aux dimensions statique et dynamique

1067. « *La notion d'intérêt général est à la fois indéfinissable et irremplaçable. Indéfinissable en ce sens que, selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables, contradictoires non seulement par les formulations diverses qu'ils reçoivent mais encore au sein de la même formulation. Mais aussi une notion irremplaçable, qui force la foi de ceux-là mêmes qui en paraissent le plus éloignés* »²⁷¹². Cette notion a malgré tout fait l'objet de nombreuses études juridiques²⁷¹³ et politiques²⁷¹⁴. Une de ces études a d'ailleurs tenté de reconstituer la généalogie de (l'idéologie de) l'intérêt général, démontrant notamment que « *L'intérêt général est une très vieille idée qui, par accumulation de strates successives, s'est progressivement*

²⁷⁰⁷ Ibid.

²⁷⁰⁸ Selon M. François Rangeon l'idéologie s'entend d'un système organisé de représentations ayant une fonction théorique et pratique qui est de permettre à un groupe social de se représenter et de vivre son unité et son identité : F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 10.

²⁷⁰⁹ Pour M. Laurent Cohen-Tanugi par exemple, le recours apparemment tout naturel à la notion d'intérêt général présente le risque d'être tout aussi mystifiant dans le système juridique, que la fiction de la volonté générale l'est dans le jeu politique. Pour l'auteur, « *une première critique, pragmatique, peut contester l'équation puissance publique – service public – intérêt général (...). Plus profondément, l'existence même d'un « intérêt général » aisément identifiable est (...) de plus en plus douteuse* » : L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 160 et 162.

²⁷¹⁰ Cf. en ce sens M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004, p. 7 ainsi que la référence à Frayssinet citée ; *adde* pour un examen de la notion d'intérêt général en droit européen : F. Gazin, « La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services public », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 49-70.

²⁷¹¹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 7. Sur la frontière entre droit et politique, Cf. J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Librairie Dalloz, 1965, p. 183-218 ; *adde* : H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », in *Le droit investi par la politique*, APD n° 16, Paris, Sirey, 1971, p. 1-14.

²⁷¹² G. Vedel, préface à l'ouvrage de F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit.

²⁷¹³ V. en droit français notamment : D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977 ; D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, thèse, Bordeaux, 1975 ; J. Caillousse, *L'intérêt général, la croissance et les avatars du droit administratif des biens*, thèse, Rennes, 1978 ; *adde* pour des études récentes : G. Pellisier, *Le contrôle des atteintes au principe d'égalité au nom de l'intérêt général par le juge de l'excès de pouvoir*, thèse Paris I, 1995 ; Rapport public du Conseil d'Etat (1999), *Considérations générales sur l'intérêt général*, Etudes et documents n° 50, La documentation française, 1999 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004 ; B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.

²⁷¹⁴ J. Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général » in *Variations autour de l'idéologie d'intérêt général*, vol. 1, C.U.R.A.P.P., Paris, PUF, 1978, p. 11-45 ; F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 ; *adde* : B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, in *Problèmes politiques et sociaux*, n° 946, mars 2008, La documentation française, 2008.

*incrustée dans nos représentations, a modelé nos comportements et – avant nous – ceux de nos parents et de nos ancêtres plus lointains »*²⁷¹⁵.

1068. Pour M. François Rangeon, l'intérêt général est un concept politique, juridique et philosophique et, précise l'auteur, l'expression « intérêt général » n'est devenue d'usage courant qu'à partir du XVIII^{ème} siècle et l'idéologie y attachée à partir du XIX^{ème} siècle²⁷¹⁶. On a souligné au demeurant que l'idée de bien « commun », quel que soit le contenu qu'on lui donne, paraît bien valoir pour le droit comme pour la politique en ce qu'elle permet de comprendre comment la politique se « sert » du droit : le droit lui serait ainsi un instrument parmi d'autres pour atteindre la finalité, ou au moins, l'orientation générale qu'elle veut imprimer à la vie sociale²⁷¹⁷. Par ailleurs, l'examen de l'intérêt général paraît révéler une notion riche et diverse qui s'enracinerait dans plusieurs traditions culturelles²⁷¹⁸. On a d'ailleurs traditionnellement défini l'intérêt général comme étant une notion fonctionnelle²⁷¹⁹. Selon M. Boulouis, « *A défaut d'une signification objectivement déterminable dans des termes qui ne soient ni truismes, ni des sophismes, l'intérêt général est, en tant que notion douée d'existence (...) qu'il tient directement du droit positif (...); comme les formules qu'il emploie (le discours juridique ou judiciaire) sont destinées à jouer à une certaine place un rôle bien déterminé dans son développement, c'est en les considérant sous l'angle de la fonction qui leur est ainsi assignée que l'on a le plus de chances d'appréhender dans leur effectivité ces notions au contenu incertain dont « l'intérêt général » n'est au demeurant qu'un exemple parmi beaucoup d'autres* »²⁷²⁰. M. François Rangeon précise en effet que la notion d'intérêt général peut être rangée parmi les « notions fonctionnelles » c'est-à-dire n'ayant aucune homogénéité conceptuelle et se caractérisant uniquement par les fonctions qu'elles remplissent et qui seules leur confèrent une véritable unité²⁷²¹.

1069. Selon M. Mustapha Mekki toutefois, une définition fonctionnelle de l'intérêt général paraît réductrice car la distinction entre notion conceptuelle et notion fonctionnelle doit être relativisée : l'intérêt général serait à la fois notion fonctionnelle et notion conceptuelle²⁷²². Selon cet auteur en effet, l'intérêt général est une notion souvent fonctionnelle car elle ne se réduit pas à sa substance, ni à un simple catalogue mais, « *selon le lieu et l'époque, une « unité conceptuelle » peut être identifiée à travers*

²⁷¹⁵ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 31. Pour un examen détaillé de cette généalogie V. p. 31- 194.

²⁷¹⁶ Ibid. p. 31-32.

²⁷¹⁷ H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », in *Le droit investi par la politique*, op. cit., p. 7.

²⁷¹⁸ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 11. Sur l'intérêt général dans les droits européens Cf. D. Simon, « L'intérêt général vu par les droits européens » in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 47 et s.

²⁷¹⁹ Pour le Doyen Georges Vedel, les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes* » tandis que les notions fonctionnelles « *procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité* » : G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », in JCP éd. G., 1950, I, 851, spéc. n° 4 cité par M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 18-19 préc. note 135.

²⁷²⁰ J. Boulouis, préface à la thèse de D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, op. cit., p. 15-16 cité par M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 18-19.

²⁷²¹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 8 (l'expression notions fonctionnelles est soulignée par l'auteur).

²⁷²² M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 57.

certaines valeurs et certains principes dominants »²⁷²³. A cet égard, l'intérêt général s'avère en outre être une notion procédurale²⁷²⁴. A l'analyse l'intérêt général paraît recouvrir deux traits saillants qu'il est utile de présenter, à savoir qu'il apparaît comme un principe de légitimation (1) mais présente également une dimension procédurale de plus en plus en marquée (2).

1- L'intérêt général comme principe de légitimation

1070. Pour rappel, la légitimation est l'action de légitimer, l'action de justifier, tandis que la légitimité quant à elle se définit comme le « *caractère de ce qui est fondé en droit* » ou « *qualité de ce qui est équitable, fondée en justice* »²⁷²⁵. La question qui se pose est celle de savoir comment et en quoi l'intérêt général apparaît comme un principe de légitimation. Selon le Conseil d'Etat français, « *La théorie de l'intérêt général consolide la différence entre le droit et la force. La fonction de cette notion est d'asseoir la légitimité de la puissance publique. (...) La poursuite de l'intérêt général devient la seule fin qui puisse emporter l'adhésion de tous et, par là même, fonder le pouvoir de l'Etat, qui trouve dans cette référence sa justification* »²⁷²⁶. Pour M. Jacques Chevallier, « *Comme toute idéologie, l'idéologie de l'intérêt général se présente comme un système cohérent et articulé de représentations, destiné à inculquer la croyance dans le bien fondé de l'ordre social et politique* »²⁷²⁷. L'intérêt général serait ainsi « *essentiellement perçu comme un discours politique légitimant de celui qui exerce le pouvoir et de celui qui entend le conquérir* »²⁷²⁸.

1071. L'intérêt général apparaît par ailleurs comme une norme²⁷²⁹ de référence dont le mécanisme intellectuel consisterait à légitimer *a posteriori* une certaine combinaison entre les intérêts publics et/ou privés²⁷³⁰. La notion d'intérêt général remplirait alors une triple fonction de *légitimation* des décisions, de *normalisation* des comportements et d'*unification* des règles de droit²⁷³¹. Cette triple fonction se retrouve également au plan politique où l'intérêt général est conçu comme étant le fondement, le but, et la limite du

²⁷²³ Ibid.

²⁷²⁴ Ibid.

²⁷²⁵ V. pour toutes ces définitions le Grand Robert de la langue française V° légitimation et V° légitime.

²⁷²⁶ Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport public 1999. Jurisprudence et avis de 1998, Paris, La documentation française, n° 50, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 15.

²⁷²⁷ J. Chevallier, *Eléments d'analyse politique*, Paris, PUF, 1985 : extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 23.

²⁷²⁸ F. Saint-Bonnet, « L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel » in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 10.

²⁷²⁹ Pour M. François Rangeon, l'intérêt général se présente dans le discours juridique tout d'abord sous l'aspect d'une norme et, en tant que norme, il prescrit un modèle de comportement et relève de l'ordre du devoir-être, et non de l'être : F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 19.

²⁷³⁰ En ce sens Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 19.

²⁷³¹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 21 (les expressions légitimation, normalisation et unification sont soulignées par l'auteur) ; *adde* : D. Truchet pour qui, en tant que norme, l'intérêt général se présente sous trois aspects : il est tout d'abord une norme de mesure (il justifie *a posteriori* l'atteinte à certains principes fondamentaux du droit administratif et permet par ailleurs de combler certaines lacunes du législateur), il est ensuite norme de contrôle (il constitue alors un outil idéal pour assurer le respect par l'administration de la légalité) et il est enfin une norme de raison (il donne à la jurisprudence administrative un caractère unitaire dans sa notion, bien que protéiforme dans ses applications) : D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, op. cit., cité par M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 19-20.

pouvoir d'Etat²⁷³². On a d'ailleurs pu affirmer que quel que soit le régime politique considéré, l'intérêt général apparaît comme un principe de *légitimation* destiné à renforcer l'adhésion des gouvernés à l'action des gouvernants²⁷³³, une telle légitimation paraissant toujours être le fruit d'un raisonnement *a posteriori*²⁷³⁴. Cette légitimation présenterait par ailleurs deux aspects complémentaires, la légitimité pouvant être, d'une part, substantielle et, d'autre part, procédurale²⁷³⁵. Cet aspect procédural de la légitimité vient au demeurant rencontrer la dimension procédurale de l'intérêt général.

2- L'intérêt général comme notion procédurale

1072. Selon M. François Ascher, la notion d'intérêt général est une construction sociale qui dépend des modalités de sa construction de sorte qu'il n'existe pas un intérêt qui flotterait extérieurement à la conscience des acteurs sociaux et à ce qu'ils peuvent considérer comme étant leur intérêt propre ou collectif²⁷³⁶. Pour cet auteur, « *Il est nécessaire, pour vivre en société, d'admettre un intérêt général. (...) Les modalités de construction de cet intérêt général dépendent du type d'Etat et de société* »²⁷³⁷. L'on a en effet observé que l'intérêt général ne peut se concevoir en dehors des intérêts particuliers, de même que les intérêts particuliers ne sont jamais des intérêts radicalement détachés de l'intérêt général²⁷³⁸. En raison de ce que l'intérêt individuel comporte toujours une part de généralité et que l'intérêt général est indétachable des intérêts particuliers²⁷³⁹, l'intérêt général ne paraît plus pouvoir être énoncé *a priori* par l'Etat avec l'aide de ses experts²⁷⁴⁰. L'intérêt général devient par conséquent procédural, « *c'est-à-dire que, d'une part, il se définit au travers d'un processus, avec des débats et des confrontations publiques, avec des expertises et des contre-expertises et des itérations de toutes sortes. (...) D'autre part, c'est cette procédure préalable qui peut conférer de l'« autorité » aux pouvoirs publics lorsque, in fine, ils prendront une décision* »²⁷⁴¹.

1073. Notons que le Rapport public du Conseil d'Etat français précité et consacré à la notion d'intérêt général intègre cette dimension procédurale de l'intérêt général en relevant que « *La formulation de l'intérêt général passe désormais par la nécessaire prise en compte d'intérêts particuliers (...)* »²⁷⁴². En définitive, l'opinion selon laquelle l'intérêt général ne peut être saisi qu'à travers le jeu des intérêts et l'idée de méthode²⁷⁴³ paraît convaincante

²⁷³² Pour une analyse de cette triple fonction politique de l'intérêt général Cf. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 21-27.

²⁷³³ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 9 (l'expression légitimation est soulignée par l'auteur).

²⁷³⁴ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 21.

²⁷³⁵ Sur ces aspects complémentaires de la légitimité Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 65-67.

²⁷³⁶ F. Ascher, *La société évolue, la politique aussi*, Paris, Odile Jacob, 2007, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 82.

²⁷³⁷ Ibid.

²⁷³⁸ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 58.

²⁷³⁹ Ibid. p. 59.

²⁷⁴⁰ En ce sens Cf. F. Ascher, *La société évolue, la politique aussi*, Paris, Odile Jacob, 2007, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 82.

²⁷⁴¹ Ibid. p. 82-83.

²⁷⁴² Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, op. cit. p. 328.

²⁷⁴³ En ce sens Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 64.

et sied particulièrement bien aux réalités du BOT. Il en est d'autant plus ainsi que l'intérêt général est une notion ambivalente.

B- Notion au caractère ambivalent : quête de consensus à travers la permanence des conflits

1074. Appréhendée en tant qu'idéologie²⁷⁴⁴, l'on considère que l'intérêt général doit donner l'illusion de la clarté et de l'évidence de sorte à être plus facilement admis et intégré par les individus. Selon M. François Rangeon, cette clarté est toutefois trompeuse car derrière les fausses évidences de l'idéologie se cache un ensemble complexe de difficultés et d'ambiguïtés théoriques²⁷⁴⁵. De telles difficultés tiennent notamment à l'ambivalence de la notion d'intérêt général. Cette ambivalence peut être illustrée par les deux approches de la notion à savoir l'approche utilitariste (ou libérale) (2) et l'approche volontariste (ou républicaine) (1). Ces deux approches seraient toutefois conciliées par la dialectique inhérente à la notion même d'intérêt général (3).

1- L'approche volontariste ou républicaine de l'intérêt général : un intérêt public transcendant les intérêts particuliers

1075. Selon l'approche volontariste, l'intérêt général est censé s'émanciper des intérêts particuliers : il s'agit alors d'un « intérêt public »²⁷⁴⁶ de nature transcendante²⁷⁴⁷ pour lequel l'Etat a pour mission de réaliser l'unité nationale en intervenant activement dans la sphère socio-économique²⁷⁴⁸. Une telle intervention se fait au nom d'un intérêt supérieur dont la définition relève des représentants que les citoyens se sont donnés²⁷⁴⁹. Pour M. Guillaume Merland, « *Qu'il soit envisagé dans le domaine budgétaire, dans le domaine économique, dans le domaine social ou en matière de libertés publiques, l'intérêt général constitue un « réflexe d'union républicaine »* »²⁷⁵⁰.

1076. Cette approche de l'intérêt général établit un rapport de type hiérarchique entre l'intérêt public et l'intérêt particulier de sorte que ce dernier n'a pas de valeur en tant que tel ; il n'est perçu que par rapport et par opposition à l'intérêt public²⁷⁵¹. Cette conception n'apparaît pas toutefois suffisante pour modeler efficacement les comportements sociaux car l'intérêt public est ressenti comme un impératif catégorique qui s'impose aux individus et le risque est alors grand que ceux-ci, même conscients des nécessités de

²⁷⁴⁴ Pour rappel, l'idéologie s'entend d'un système organisé de représentations ayant une fonction théorique et pratique qui est de permettre à un groupe social de se représenter et de vivre son unité et son identité : Cf. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 10.

²⁷⁴⁵ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 27-28.

²⁷⁴⁶ Pour M. Mustapha Mekki, l'utilisation de la locution verbale « intérêt public » doit être réservée à deux hypothèses à savoir, d'une part, sur le plan organique – la notion d'intérêt public désignera alors l'intérêt supérieur d'une institution étatique ou communautaire – et, d'autre part, sur un plan matériel où utiliser la notion d'intérêt public signifie privilégier une conception transcendante de l'intérêt général : Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 36.

²⁷⁴⁷ C'est-à-dire un intérêt supérieur qui coiffe l'ensemble des intérêts particuliers.

²⁷⁴⁸ En ce sens Cf. B. Denis, Avant-propos in B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 6.

²⁷⁴⁹ B. Denis, Avant-propos in B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 6.

²⁷⁵⁰ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 35 ainsi que la référence au discours de M. Mazeaud citée.

²⁷⁵¹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 29.

l'intérêt public, refuse d'y sacrifier leurs intérêts propres. Pour cette raison, l'intérêt particulier est conçu dans une autre approche comme la source de l'intérêt commun.

2- L'approche utilitariste ou libérale de l'intérêt général : l'intérêt commun immanent aux intérêts particuliers

1077. Dans cette conception – qualifiée de typiquement anglo-saxonne – l'intérêt général est considéré comme la somme des intérêts particuliers : il s'agit alors d'un « intérêt commun » immanent aux intérêts particuliers²⁷⁵². On remarque ainsi par exemple que les Etats-Unis ont depuis longtemps pris conscience de la crise de la notion d'intérêt général, concomitante de l'expansion de l'Etat providence²⁷⁵³ et que cette notion y repose sur une association d'intérêts publics et privés²⁷⁵⁴. La notion d'intérêt commun renvoie en effet à l'idée d'immanence et permet de souligner que l'intérêt général n'est pas par nature distinct des intérêts particuliers dont il dérive²⁷⁵⁵. Le caractère commun de l'intérêt reposera alors soit sur une complémentarité, soit sur une identité, soit sur certaine convergence des intérêts particuliers²⁷⁵⁶. La notion « d'intérêt commun » exprime l'exigence qui impose, pour que les individus acceptent d'obéir, de faire comprendre les liens de parenté qui unissent leurs intérêts à celui de la collectivité²⁷⁵⁷.

1078. Dans cette approche, l'Etat n'a d'autre fonction que de laisser de tels intérêts s'harmoniser naturellement aux niveaux social et économique tout en offrant un cadre légal à l'exercice des libertés individuelles²⁷⁵⁸. La détermination de l'intérêt général consisterait alors à arbitrer clairement entre les différents intérêts particuliers qui s'opposent, son contenu n'étant dès lors que la résolution de ces conflits ou la résultante de ces intérêts²⁷⁵⁹. Selon M. François Rangeon toutefois, que l'on admette l'harmonie naturelle ou rationnelle des intérêts, ou qu'on la récuse, on doit accepter que l'intérêt général ne se réduit pas à la somme des intérêts particuliers car une communauté ne serait pas la simple addition de ses composantes²⁷⁶⁰. Dès qu'une telle communauté est instituée, elle dispose d'une existence juridique et sociologique distincte de celle de ses membres, de sorte que, selon l'auteur, l'intérêt général se comprend comme l'intérêt propre à cette

²⁷⁵² En ce sens B. Denis, Avant-propos in B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 6 ; *adde* : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 32 où l'auteur expose que si l'on assimile intérêt général et pareto-optimalité, l'intérêt général peut être défini comme la somme positive d'intérêts particuliers.

²⁷⁵³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 164.

²⁷⁵⁴ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 200.

²⁷⁵⁵ En ce sens Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 36. L'auteur précise (p. 45) qu'adopter une conception immanente de l'intérêt général c'est en effet considérer qu'il n'existe pas une différence de nature entre les intérêts particuliers et l'intérêt général ; *adde* : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 18.

²⁷⁵⁶ Ibid.

²⁷⁵⁷ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 28.

²⁷⁵⁸ B. Denis, Avant-propos in B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 6.

²⁷⁵⁹ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 167. Pour cet auteur (p. 168-169), la détermination de l'intérêt général n'apparaît possible Outre-Atlantique que dans un nombre très restreint de domaines (tels la défense nationale et la politique étrangère, la préservation des principes du système politique et économique, la sécurité...) et, pour le reste, l'intérêt général est un compromis entre des intérêts particuliers divergents de la société civile ; *adde* : F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 202.

²⁷⁶⁰ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 28.

collectivité, transcendant les intérêts particuliers de ses membres²⁷⁶¹. Pourtant, relève l'auteur, la version libérale de l'idéologie de l'intérêt général soutient à la fois la thèse de l'opposition des intérêts particuliers et celle d'une harmonie fondamentale entre l'intérêt général et les intérêts particuliers²⁷⁶². En fin de compte, les deux approches de l'intérêt général sus-examinées paraissent à certains égards opposées et sont, chacune prise séparément, insuffisantes à constituer un niveau de généralité réconciliatrice. L'idéologie de l'intérêt général se baserait alors sur une dialectique entre l'intérêt général et les intérêts particuliers.

3- La dialectique inhérente à l'idéologie de l'intérêt général : le dépassement des conflits

1079. Selon M. François Rangeon, l'idéologie de l'intérêt général opère une conciliation entre l'intérêt commun – immanent aux intérêts particuliers – et l'intérêt public – transcendant ces mêmes intérêts²⁷⁶³. Elle présente ainsi l'intérêt commun et l'intérêt public comme deux faces de l'intérêt général et, partant, comme deux concepts indissociables et complémentaires. La conciliation des intérêts publics et privés supposerait, en quelque sorte, leur séparation préalable, faisant du droit et de la politique des instances de la séparation et de la réconciliation²⁷⁶⁴. Par conséquent, « *Les intérêts sont déréalisés et dénaturés : ils n'ont d'existence que juridique. Dans ce cadre, l'intérêt général est doté du même type d'existence que l'intérêt particulier : l'un et l'autre n'existent qu'à travers leur représentation juridique et politique. Situés sur le même terrain, les intérêts séparés peuvent alors être réconciliés. L'affirmation de leur autonomie est la condition même de leur harmonisation* »²⁷⁶⁵. Dès lors qu'ils accèdent à l'existence juridico-politique, les intérêts particuliers seraient vidés de leur charge agressive, le droit et la politique assurant leur arbitrage pacifique tandis que le juge arbitre les conflits d'intérêts et les gouvernants réconcilient les intérêts contradictoires en opérant, au nom de l'intérêt général, un arbitrage politique²⁷⁶⁶.

1080. En définitive, l'existence juridique des intérêts se double d'une reconnaissance politique et, par là même, les ambiguïtés inhérentes à l'idéologie de l'intérêt général semblent se résorber²⁷⁶⁷. On a pourtant relevé que la « doctrine de l'intérêt bien entendu » consiste à investir l'ensemble des citoyens de la responsabilité d'une parcelle d'intérêt général, plutôt que de le confier entièrement à des représentants abstraits et des organisations bureaucratiques plus ou moins responsables²⁷⁶⁸. Force est dès lors de constater que la belle construction de l'idéologie de l'intérêt général connaît des fissures – et pas des moindres – dans la mesure où la reconnaissance politique des intérêts (général et particuliers) n'est pas sans soulever controverses et contestations.

²⁷⁶¹ Ibid.

²⁷⁶² Ibid. p. 30. Pour l'auteur (p. 206), l'idéologie américaine de l'intérêt général a toujours, depuis les doctrines des pères fondateurs, reposé sur une ambivalence : l'intérêt général est à la fois indissociablement l'association harmonieuse des intérêts particuliers et le principe de leur dépassement.

²⁷⁶³ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 29.

²⁷⁶⁴ Ibid. p. 30.

²⁷⁶⁵ Ibid.

²⁷⁶⁶ Ibid.

²⁷⁶⁷ Ibid.

²⁷⁶⁸ Cf. en ce sens A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome II, p. 153 cité par L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 177.

II- Une notion controversée et contestée : la remise en cause à travers la théorie des choix collectifs (« public choice theory »)

1081. La notion d'intérêt général apparaît par ailleurs controversée et contestée notamment en raison de sa remise en cause par la théorie des choix collectifs ou publics. Il convient tout d'abord de présenter les grandes lignes de cette théorie (A) avant d'examiner en quoi et comment elle remet en cause la notion d'intérêt général (B).

A- Brève présentation de la théorie des choix collectifs (« public choice theory »)

1082. L'analyse économique du droit telle que présentée dans la première partie de cette étude s'intéresse surtout au fonctionnement du marché. Or, pour rendre un compte satisfaisant du droit existant, il a paru nécessaire d'étudier également le « marché politique ». L'intérêt pour le marché politique a été éveillé au début des années 1960 par les travaux d'Anthony Downs, Gordon Tullock, Mancur Olson et James Buchanan (ce dernier a été prix Nobel d'économie en 1986)²⁷⁶⁹. Il a donné naissance à l'école dite de « public choice » qui a marqué la science politique sans toutefois retenir l'attention des juristes, de sorte que ce n'est que dans les années 1980 qu'on a expressément lié « public choice » et analyse économique du droit²⁷⁷⁰.

1083. L'étude de l'ordre politique à l'aide du choix rationnel est le domaine de l'école de « public choice »²⁷⁷¹, dont est issue la théorie des choix publics ou collectifs (« public choice theory »)²⁷⁷². Cette théorie partage avec l'économie néoclassique le postulat selon lequel les phénomènes collectifs doivent être expliqués comme des compositions d'actions d'acteurs individuels qui sont censés agir rationnellement et conformément à leur propre intérêt²⁷⁷³. Par conséquent, l'individu détenteur d'une parcelle de pouvoir politique – qu'il soit homme politique, fonctionnaire ou simple citoyen – est présumé « maximiser son utilité », poursuivre son intérêt, et non pas uniquement exécuter fidèlement les instructions du « souverain »²⁷⁷⁴. Dans ce contexte, l'analyse consiste à déterminer, tout d'abord, la nature de l'intérêt propre des différents groupes d'acteurs dans la vie politique, puis à établir, au regard des contraintes inhérentes aux démocraties représentatives, les comportements qu'ils devraient adopter et, enfin, à observer si les prédictions tirées de la théorie fournissent des explications intéressantes et sont conformes

²⁷⁶⁹ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 13 ; *adde* : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 1999, p. 4 ; P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 53.

²⁷⁷⁰ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 13.

²⁷⁷¹ En ce sens et sur la volumineuse littérature engendrée par « public choice », Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 146.

²⁷⁷² Selon M. Christophe Marchand, la « théorie des choix publics » serait née en France au XVIII^{ème} siècle, avec la théorie des votes développée par Condorcet : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 4 ; *adde* pour une étude générale de cette théorie A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 77-102.

²⁷⁷³ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 146 ; *adde* : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 4- 5 : « La théorie du Public choice applique aux phénomènes politiques le postulat central de l'analyse économique, le postulat individualiste ».

²⁷⁷⁴ En ce sens Cf. C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 5 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte) ; *adde* : T. Daintith, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, op. cit., p. 373.

à la réalité²⁷⁷⁵. Dès lors, si l'on suppose que dans une démocratie représentative quatre groupes d'acteurs – citoyens électeurs, élus, fonctionnaires et groupes d'intérêts – influencent énormément les initiatives à entreprendre au titre des missions de l'Etat, il se peut par exemple que l'homme politique (l'élue) s'efforce de satisfaire les demandes des groupes de pression stratégiques pour assurer sa réélection, négligeant par là même l'intérêt général²⁷⁷⁶. Cette dernière notion est par conséquent fortement remise en cause par la théorie du « public choice ».

B- La relativisation de la notion d'intérêt général par la théorie des choix collectifs

1084. La théorie des choix collectifs postule que l'individu, lorsqu'il passe de la sphère marchande à la sphère politique, ne change pas de nature. Comme l'affirment certains auteurs en effet, « *Il serait étonnant de voir les personnes qui choisissent leurs démarches rationnellement et conformément à leur intérêt propre dans la sphère privée imbuës d'angélisme dès lors qu'elles entrent dans la sphère publique* »²⁷⁷⁷. Par conséquent, l'intérêt personnel n'est pas seulement l'un des déterminants des échanges marchands, mais également l'un des déterminants des décisions publiques²⁷⁷⁸. Dès lors, si la perception suivant laquelle les hommes politiques entrent en politique par idéalisme et s'efforcent d'agir dans l'intérêt général recèle une part de vérité, il reste toutefois la question de savoir si une telle optique peut persister face aux contraintes inhérentes au régime électoral en démocratie représentative. On souligne en effet que le candidat qui voudrait poursuivre l'intérêt général en politique risque d'être battu par celui qui promet à ses électeurs des programmes qui leur sont personnellement profitables²⁷⁷⁹. De même selon M. Wolfelsperger, « *Pour accéder ou se maintenir à la tête de l'Etat un parti ou un homme ne peut faire autrement que de tenir compte de la « contrainte électorale ». De ce fait les décisions politiques prises effectivement ne peuvent a priori être confondues avec celles qu'il faudrait prendre si l'Etat était guidé par un objectif d'intérêt général tel que l'efficacité* »²⁷⁸⁰.

1085. Un des groupes d'acteurs qui, comme nous venons de le voir, influencent les décisions publiques, consiste en des groupes d'intérêt²⁷⁸¹. Il apparaît partant que si les groupes d'intérêt qui parviennent à se constituer représentent de manière disproportionnée des groupes concentrés, à la limite sectaires, les messages qui parviendront aux hommes politiques et qui sont susceptibles de les influencer traduiront de manière pareillement disproportionnée des points de vue aussi bien partiels que partiiaux²⁷⁸². Dans la mesure où

²⁷⁷⁵ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 146.

²⁷⁷⁶ Cette critique économique se rapproche de la critique marxiste de nature idéologique et selon laquelle l'intérêt général ne peut exister dans une société qui connaît des antagonismes ou des oppositions de classe. L'intérêt général est, selon cette critique, l'intérêt d'un groupe, d'une classe, qui veut convaincre – et y arrive parfois – que son intérêt est celui de tous : Cf. J.-M. Pontier, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz rec.*, 1998, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 43.

²⁷⁷⁷ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 146.

²⁷⁷⁸ En ce sens Cf. C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 5.

²⁷⁷⁹ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 149. Pour ces auteurs, par une logique darwinienne, l'idéaliste disparaît de la scène politique au profit de celui qui a le souci de se faire réélire d'autant plus que, si les candidats ne sont pas d'emblée motivés par cette dynamique, les partis politiques dont ils sont membres le sont certainement. Les partis ont alors intérêt à rappeler à l'ordre les candidats qui ne viseraient pas la réélection voire à ne pas leur permettre de se présenter.

²⁷⁸⁰ A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 102 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

²⁷⁸¹ Pour une vue de l'action des lobbies dans le système des USA Cf. A. M. Okun, *Egalité vs efficacité : comment trouver l'équilibre ?*, op. cit., p. 22-25.

²⁷⁸² En ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 161.

de tels groupes réussissent à orienter les hommes politiques dans le sens désiré par leurs membres, les politiques adoptées dans les démocraties représentatives divergeront systématiquement de l'intérêt général²⁷⁸³. Un auteur relève d'ailleurs que pour une grande partie de l'opinion publique, la loi est devenue non seulement inaccessible et incompréhensible, mais constitue également l'acte dans lequel triomphent les intérêts particuliers dominants²⁷⁸⁴. De même, le Parlement servirait au mieux à arbitrer les conflits entre intérêts particuliers divergents et, au pire, il servirait sciemment la cause de forces partisans proches des préoccupations du parti au pouvoir de sorte que dans cette alternative, l'idée d'intérêt général devient évanescence²⁷⁸⁵. De plus, on relève que le juge (constitutionnel) évite de porter un jugement sur l'appréciation législative de l'intérêt général²⁷⁸⁶.

1086. En définitive, la théorie du « public choice » semble inspirer une méfiance, parfois justifiée selon nous, sur le discours de l'intérêt général²⁷⁸⁷. En effet, on ne saurait adopter une vision naïve de l'intérêt général au regard des difficultés qu'éprouvent les autorités publiques – et pour reprendre certains auteurs – à « adopter des politiques qu'on pourrait honnêtement qualifier de ce nom, ne serait-ce que la correction des imperfections de marché »²⁷⁸⁸. De ce qui précède et prenant une position pragmatique, la finalité d'intérêt général que poursuit le BOT se traduit en pratique par une combinaison d'intérêts publics et d'intérêts privés.

²⁷⁸³ Ibid. p. 161-162 ; *adde* : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 46-47. Pour l'auteur, la puissance publique en travaillant à la poursuite d'un objectif (de redistribution) aux contours si imprécis, prend le risque de servir non ceux qui subissent ou croient subir une « injustice », mais ceux qui s'organisent pour capter à leur profit les fruits de la redistribution publique.

²⁷⁸⁴ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 35.

²⁷⁸⁵ Ibid. L'auteur affirme (p. 38) que la loi est parfois partisane et que la croyance rousseauiste d'un lien naturel entre l'intérêt général et la loi a vécu de sorte que cette dernière apparaît aujourd'hui comme un instrument au service du pouvoir et non plus au service de la société ; *adde* : L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 169 où pour l'auteur, on pourrait même se demander, dans un pays où chaque parti a une vision différente de l'intérêt général et où chaque camp fait montre de la plus évidente mauvaise volonté partisane au mépris parfois de l'intérêt du pays, comment la notion d'intérêt général a pu connaître une telle fortune.

²⁷⁸⁶ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 36.

²⁷⁸⁷ *Contra* : P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 54 où l'auteur affirme que la thèse de l'égoïsme généralisé de l'école du *Public choice* est difficile à soutenir car si, selon cet auteur, chacun n'est capable que de défendre ses propres intérêts, il ne pourrait plus y avoir de discours universaliste sur la société et l'existence même de cette dernière devient problématique ; *adde* pour une analyse générale, qualifiée par ses auteurs d'optimiste, du rôle de l'Etat sous le prisme de la théorie des choix collectifs : A. Shleifer and R. W. Vishny, *The grabbing hand. Government pathologies and their cures*, op. cit.

²⁷⁸⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 163 ainsi que la note 2 indiquant les controverses soulevées par cette conclusion ; *adde* dans le même sens : A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 102 où l'auteur précise que l'économiste révèle moins une prédilection pour une interprétation systématiquement « cynique » des comportements humains qu'un souci de tenir compte des implications logiques du système institutionnel. Pour M. Sen, « *In making predictions of behavior – Whether in personal work, private business, or public services – it is important to avoid the error of assuming that people are peculiarly virtuous and desperately keen to be just (...) In recognizing the role of broader values, we must not fail to note the extensive role of intelligent self-seeking, as well as gross cupidity and greed* » : A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 280.

Sous-section 2 : **BOT et intérêt général : une combinaison d'intérêts publics et d'intérêts privés**

1087. « *L'intérêt général n'est pas le monopole de l'Etat* »²⁷⁸⁹. Par ailleurs, on rappelle que sa production ne saurait être « extérieure » au problème à résoudre comme à la mise en œuvre des solutions²⁷⁹⁰. Il en est ainsi d'autant plus qu'en tant que norme mouvante, l'intérêt général, relève-t-on, n'acquiert un sens précis que dans le contexte d'une situation particulière²⁷⁹¹. Bien plus, il semble que parmi les différentes conceptions de l'intérêt général, celle de « l'intérêt général économique » tend aujourd'hui à devenir dominante, notamment parce que le droit contemporain reflète de plus en plus nettement une logique économique sous-jacente²⁷⁹². Par conséquent, « *La notion d'intérêt général permet cette introduction d'une logique économique dans le langage juridique. Il s'agit de contrôler, de normaliser les attitudes, de sélectionner celles qui sont socialement et économiquement rentables* »²⁷⁹³. Dans le même ordre d'idées, il s'avère que l'utile occupe une place importante au sein de la notion d'intérêt général et, partant, l'attention est portée à travers l'utilité sur la facette économique de l'intérêt général²⁷⁹⁴. Quel que soit l'angle d'analyse par ailleurs, l'intérêt général apparaît comme le résultat d'une certaine combinaison entre intérêts publics (appartenant à la sphère publique) et/ou intérêts privés (appartenant à la sphère privée)²⁷⁹⁵, ce d'autant plus qu'il est de nos jours acquis que des intérêts particuliers coïncident avec l'intérêt général²⁷⁹⁶.

1088. Plus profondément, on a souligné que : « *L'action publique devient le produit d'interactions entre acteurs multiples, publics et privés, dont on cherche à concilier les stratégies et à harmoniser les intérêts ; le contrat est le moyen de formaliser cette coopération* »²⁷⁹⁷. Dès lors il semble difficile qu'une politique rationnelle puisse exclure le jeu des forces et des intérêts. Un tel jeu est considéré comme normal et nécessaire sous la double condition, d'une part, que soient sauvegardées les règles de l'honnêteté qui proscrivent la violence injuste et le mensonge et, d'autre part, que la compétition demeure

²⁷⁸⁹ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 24. Pour cet auteur qui cite Gurvitch, on a pu considérer sous la pression de l'individualisme et de l'étatisme que l'Etat seul était apte à représenter l'intérêt commun et détenait le monopole de cette représentation. Il s'agirait d'un préjugé faux fondé sur une série d'erreurs logiques et démenti à suffisance par la réalité des faits. *Contra* : J.-F. Spitz pour qui la puissance publique est le seul dépositaire possible de l'intérêt général : J.-F. Spitz, *Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 83-84. L'auteur affirme que « seule une société de forme républicaine est capable de répondre aux attentes de l'homme moderne affranchi de ses appartenances anciennes et que, en revanche, l'évolution des sociétés vers la forme marché et les compromis d'intérêt engendrent chez lui une profonde crise d'identité car l'homme moderne ne veut pas seulement être un individu mais un individu-citoyen, c'est-à-dire qu'il aspire à n'être exposé à la concurrence que dans des conditions équitables ».

²⁷⁹⁰ Cf. en ce sens S. Rui, *La démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, Paris, Armand Colin/SEJER, 2004, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 50 (c'est l'auteur qui souligne le mot extérieure).

²⁷⁹¹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 21.

²⁷⁹² Ibid.

²⁷⁹³ Ibid.

²⁷⁹⁴ En ce sens Cf. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 39 où l'auteur précise que la notion d'intérêt général ne peut par ailleurs pas être séparée d'une certaine conception du juste.

²⁷⁹⁵ Ibid. p. 59.

²⁷⁹⁶ G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 37-38.

²⁷⁹⁷ J. Chevallier, « Synthèse », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, op. cit. p. 409.

dans la ligne de la conception du politique, lequel est voué au service du bien général et non directement du bien particulier d'un individu ou d'un groupe d'individus²⁷⁹⁸. En cela la mission de l'Etat s'avère particulièrement complexe puisqu'il doit opérer un arbitrage entre utilité et rentabilité.

1089. En tant qu'elle poursuit une finalité d'intérêt général, l'opération BOT apparaît comme une combinaison d'intérêts publics et d'intérêts privés et vise à combiner utilité et rentabilité. Il en est ainsi d'autant plus que pour déterminer généralement le bénéfice social net de l'équité entre les parties il faut tâtonner le long d'un chemin infini²⁷⁹⁹. A cet égard, certains auteurs affirment qu'« *Il convient de nuancer le critère d'extraversion, et de reconnaître une dimension potentielle d'intérêt général à toutes les entités socio-économiques dont l'organisation interne s'avère de nature à susciter, faciliter ou provoquer une évolution comportementale de ses membres par régression relative des comportements purement individualistes au profit de comportements (spontanés ou contraints) plus coopératifs* »²⁸⁰⁰. Utilité socio-économique et rentabilité sont en effet les fondements de l'opération BOT comme nous l'avons vu. A cet égard, une telle opération repose sur une double orientation d'action à savoir, d'une part, assurer pour la collectivité une utilité du projet en cause en termes socio-économiques (I) et, d'autre part, assurer simultanément une viabilité et une rentabilité du projet dans un équilibre dynamique d'ensemble (II).

I- Le BOT vise une utilité socio-économique pour la collectivité

1090. La plupart des interventions publiques est en principe motivée par un souci de redistribution de l'utilité c'est-à-dire du bien être. A cet égard, le BOT peut être considéré comme un outil de redistribution²⁸⁰¹ car il est en principe mis en œuvre pour réaliser un objectif d'intérêt général au sens ci-dessus défini. Cet objectif peut être un service public, lequel présente des avantages variés qui relèvent du social, du politique, de l'écologique et de l'économique. L'efficacité d'un service public semble alors se mesurer de façon différente, car il vise à répondre à des besoins sociaux dont certains ne sont pas rentables selon des critères privés. D'un autre côté, l'intérêt général – notamment aux Etats-Unis – ne vaut que dans la mesure où il est « utile » à tous²⁸⁰². On ainsi pu affirmer que « *ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les anglo-saxons disent « public utilities » pour désigner les services publics. Ces derniers sont des instruments mis au service des citoyens. Ils ne sont parés d'aucune autre vertu qu'utilitaire et pratique* »²⁸⁰³. Dans le cadre d'un BOT, cet aspect utilitaire et pratique du projet semble prépondérant, l'objectif premier du partenaire

²⁷⁹⁸ En ce sens Cf. J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 187.

²⁷⁹⁹ Cf. en ce sens B. Rudden, « Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements », in *RTDciv*, 1985, p. 102.

²⁸⁰⁰ L. Monnier et B. Thiry, « Architecture et dynamique de l'intérêt général », in L. Monnier et B. Thiry (éd.), *Mutations structurelles et intérêt général. Vers quels nouveaux paradigmes pour l'économie publique, sociale et coopérative ?*, Bruxelles, De Boeck/CIRIEC, 1997, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 99.

²⁸⁰¹ Pour M. Christophe Marchand en effet, les équipements et services collectifs concourent eux aussi à la redistribution, car l'impôt qui les finance n'est pas proportionnel, pour chaque citoyen, au service que lui rendent ces équipements : C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 37. Il convient de relever toutefois, et nous l'avons déjà vu, que dans certaines hypothèses, les équipements ou services en BOT peuvent permettre un cantonnement du prix ou de la redevance à l'utilisation effective de l'équipement ou du service.

²⁸⁰² Sur les rapports entre intérêt général et utilité sociale, Cf. X. Engels, M. Hély, A. Peyrin et H. Trouvé (dir.), *De l'intérêt général à l'utilité sociale*, Paris, Harmattan, 2006.

²⁸⁰³ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 204.

public étant, en fin de compte, de créer un supplément d'utilité significatif pour les populations locales. Par conséquent, il s'agira tout d'abord de s'assurer d'une utilité *a priori* du projet à travers les études préalables de faisabilité (A). Ensuite, par l'omniprésence du partenaire public, il s'agira d'assurer le maintien d'une telle utilité pendant et après le terme de la concession (B).

A- L'utilité socio-économique *a priori* du projet BOT : le rôle essentiel des études préalables de faisabilité

1091. Les études préalables de faisabilité de projets BOT apparaissent, comme nous l'avons vu, consubstantielles à la réalisation de ce type d'opérations. Plus généralement, on a affirmé que « *L'obligation d'évaluation a priori, loin d'être encore un principe général, se multiplie toutefois dans les législations nationales* »²⁸⁰⁴. En effet, l'importance des études préalables est telle que, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT déjà cité, l'étude d'impact devait être approuvée par l'Etat ivoirien et était au nombre des conditions suspensives de la mise en vigueur du contrat de concession²⁸⁰⁵. De plus, ces études sont consubstantielles car il apparaît de plus en plus que les facultés de définition de ce qui est utile et juste pour la collectivité sont moins assurées²⁸⁰⁶. Selon Mme Sandrine Rui en effet, l'hétérogénéité des enjeux auxquels se confronte l'action publique contemporaine tout comme la plus grande prise en compte des risques de tous ordres rendent plus complexes la formulation d'un contenu propre à susciter le consensus en amont comme à garantir l'efficacité des mesures prises en aval²⁸⁰⁷. En clair, il apparaît que tout projet contemporain d'aménagement rencontre, si pas des opposants, du moins des contradicteurs qui entendent examiner sa légitimité²⁸⁰⁸. Dès lors, on a pu affirmer que « *Ce qui produit la généralité, ce n'est pas la séparation ni la prise de distance par rapport à l'homme des besoins, mais le recensement et la superposition de toutes les figures que peut prendre l'homme des besoins* »²⁸⁰⁹.

1092. Plus fondamentalement, les études préalables de faisabilité permettent d'éviter une vue à court terme et sur la foi d'avantages immédiats alors que le projet est critiquable à long terme ou par référence aux principes. Comme l'a très justement affirmé un auteur, « *L'utilité bien comprise est celle de l'homme tout entier, et non d'une occasion ; il en est de même pour la société ; l'utilité est fallacieuse si les circonstances du moment font perdre de vue les réalités sous-jacentes ou à venir* »²⁸¹⁰. L'intérêt général dans un projet ne se réduit donc pas à ses conséquences financières, mais doit être envisagé

²⁸⁰⁴ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 554 ; adde : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 151 pour qui la nécessité de l'évaluation se poursuit à chaque stade de la mise en œuvre, plus cruciale encore en aval qu'en amont.

²⁸⁰⁵ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 838.

²⁸⁰⁶ S. Rui, *La démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, Paris, Armand Colin/SEJER, 2004, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 48.

²⁸⁰⁷ Ibid. L'auteur précise par la suite que l'individu moderne est tiraillé entre des valeurs contradictoires comme progrès technique et satisfaction des besoins humains, entre propriété et autonomie, entre développement et protection de l'environnement.

²⁸⁰⁸ A. Jobert, « L'aménagement en politique ou ce que le syndrome NIMBY nous dit de l'intérêt général », *Politix* n° 42, 1998, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 50-51.

²⁸⁰⁹ P. Rosanvallon, « Le déficit démocratique européen » in « Résister à l'impuissance démocratique », *Esprit*, oct. 2002, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 74.

²⁸¹⁰ H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », op. cit., p. 13.

globalement²⁸¹¹. Bien plus, selon M. David Charny une analyse positive est importante même pour ceux qui conçoivent que le rôle du droit n'est pas de maximiser le bien-être des agents économiques et dès lors : « (...) *Positive economic analysis is an essential feature of any fairness-based project for achieving a redistribution of wealth or 'bargaining power'* »²⁸¹². A Ceci, il faut ajouter que l'on reconnaît que les outils d'analyse généralement mis en œuvre paraissent neutres de sorte que l'analyse apparaît détachée de considérations contingentes telles l'inefficience de la gestion publique ou les performances supposées supérieures du secteur privé²⁸¹³.

1093. D'un autre côté, une étude empirique a démontré que les contrats sont généralement âprement négociés lorsque des biens ou ouvrages sont conçus pour satisfaire des objectifs tels que définis par un client²⁸¹⁴, ce qui est le cas en ce qui concerne le BOT. Dans le cadre de celui-ci, de telles négociations reposent nécessairement sur des études préalables de faisabilité – même si études préalables et négociations génèrent des coûts de transaction importants²⁸¹⁵ – reflétant ainsi un certain souci de planification rigoureuse aux fins d'éviter ou de réduire de coûteuses renégociations *ex post*²⁸¹⁶. Une telle planification permet par la suite un maintien aisé de l'utilité socio-économique du projet.

B- Le maintien de l'utilité socio-économique du projet pendant et après le terme de la concession : le rôle multidimensionnel du partenaire public

1094. Un certain nombre de raisons – dont trois principalement – ont été identifiées qui permettraient que les BOT, et les PPP de manière générale, contribuent au bien-être social²⁸¹⁷. Tout d'abord, l'approche unitaire construction-exploitation permettrait une internalisation des coûts pour l'ensemble du cycle du projet dès l'étape de la construction, incitation qui n'existe pas lorsque le projet doit être réalisé par la seule personne publique. Par conséquent, dès lors que la qualité de l'infrastructure ou du service peut être contractualisée, l'approche unitaire précitée donne un avantage non-négligeable aux PPP, notamment parce qu'il est difficile pour les partenaires privés d'internaliser les coûts du cycle du projet et en même temps de rogner sur la qualité du service²⁸¹⁸. Ensuite, parce que dans le cadre du BOT les partenaires privés possèdent des droits proches de ceux du « propriétaire » de l'infrastructure, ils paraissent enclins, mieux que la personne publique, à innover ainsi qu'à mieux gérer les risques dans le cours de l'exploitation de l'infrastructure²⁸¹⁹. Enfin, en raison des coûts d'administration liés aux dépenses

²⁸¹¹ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 559.

²⁸¹² D. Charny, "Nonlegal sanctions in commercial relationships", in *Harvard Law Review*, vol. 104, n° 2, 1990, p. 391.

²⁸¹³ En ce sens Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 560. L'auteur précise (p. 563) que la méthode d'évaluation fondée sur l'analyse des risques revient souvent à juger des avantages comparés de chaque mode de gestion, de manière abstraite.

²⁸¹⁴ Cf. en ce sens S. Macaulay, "Non-contractual relations in business: a preliminary study", in *American Sociological Review*, vol. 28, n° 1, 1963, p. 60.

²⁸¹⁵ Un auteur préconise que les coûts d'études préalables, au vu de l'importance de ces dernières, soient supportés par les budgets d'aide au développement, ce qui participerait à restituer toute sa place à la coopération bilatérale et multilatérale : P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 149.

²⁸¹⁶ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 59.

²⁸¹⁷ Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 57.

²⁸¹⁸ Ibid.

²⁸¹⁹ Ibid. Pour une formalisation de cette proposition V. tableau p. 58.

publiques, le BOT permettrait de faire la part des choses entre les coûts de perception des redevances versées par les usagers et les coûts liés aux transferts compensatoires du partenaire public. La préférence irait plus vers les contrats permettant la perception de redevances sur les usagers à l'exclusion de toute subvention publique, surtout si les transferts public coûtent plus chers à l'ensemble de la société²⁸²⁰.

1095. Pour matérialiser les avantages potentiels précités liés à la présence des partenaires privés, et, partant, assurer le maintien de l'utilité socio-économique du projet BOT, le partenaire public doit veiller par son omniprésence au respect de la finalité d'intérêt général dudit projet. En effet, si traditionnellement l'intérêt général a constitué un principe protecteur mettant les personnes publiques à l'abri des intérêts particuliers, il devient de nos jours pour celles-ci un principe d'action leur permettant d'orienter les activités privées vers la satisfaction de besoins d'intérêt public²⁸²¹. A travers l'ensemble de mécanismes et procédures examinés au cours de cette étude – tel le monitoring, l'exigence ou l'offre de garanties, l'instauration d'un régulateur – le partenaire public peut, effectivement et avec une certaine efficacité, orienter les compétences, expertises et ressources financières des partenaires privés vers la réalisation de la finalité de l'opération BOT. Pour certains auteurs en effet, « *The evaluation of the project's progress should be based on performance standards of quality, health, safety, environment and so forth, included in the project agreement and not based on the shareholders' views, depending on profitability. A unified project evaluation system based on the integration of the various approaches and different objectives of the stakeholders is required* »²⁸²². Ceci signifie que le partenaire public doit également prendre en compte les exigences propres au secteur privé et, dans le cadre d'un projet BOT, doit alors non seulement assurer la viabilité du projet, mais également s'accommoder d'une certaine rentabilité de celui-ci.

II- Le BOT tend à assurer viabilité et rentabilité du projet dans un équilibre dynamique d'ensemble

1096. Le BOT doit à la fois présenter une utilité socio-économique et être viable et rentable. Viabilité et rentabilité du projet sont en effet les éléments sur lesquels la participation des partenaires privés repose à titre principal. Par ailleurs, on reconnaît qu'à côté des partenaires privés, la société civile contribue, principalement à travers un ensemble d'intérêts collectifs, à faire de l'intérêt général le résultat d'un équilibre, le fruit d'un arbitrage²⁸²³. Selon Mme Marie-Anne Frison-Roche, le droit public économique exprime l'intérêt général sous la forme d'un équilibre des intérêts en cause²⁸²⁴. On s'aperçoit alors que la viabilité du projet tend à assurer la continuité de l'opération, laquelle est profitable à tous les partenaires impliqués dans le projet (A) et que la rentabilité tout en étant principalement bénéfique aux partenaires privés n'en contribue pas moins à éviter le gaspillage et le surdimensionnement (B).

²⁸²⁰ Ibid. p. 57.

²⁸²¹ En ce sens Cf. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 25.

²⁸²² Y. Xenidis and D. Angelides "The legal risks in Build-Operate-Transfer projects", op. cit. p. 287.

²⁸²³ M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., p. 24 ainsi que les références citées en note 169.

²⁸²⁴ M.-A. Frison-Roche, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 54 ainsi que la référence à R. Savy citée en note 51.

A- La viabilité : objectif commun à tous les partenaires visant à assurer continuité et pérennité du projet

1097. La viabilité du projet est un paramètre fondamental de la mise en œuvre du BOT tel que nous l'avons examinée dans la première partie (Cf. *supra* n° 730). Plus généralement, la viabilité de tout projet ou toute entreprise paraît essentielle pour tout pays car participant d'une certaine manière à l'intérêt général. On a dès lors pu affirmer que la plupart des activités privées sont nécessairement au service de l'intérêt général au sens large – sans quoi leur viabilité même serait compromise – quoique ceci ne paraisse pas admis dans tous les pays²⁸²⁵. D'un autre côté, la participation active du partenaire public aux projets BOT est souvent recherchée comme nous l'avons vu, notamment parce que si la rentabilité est une condition nécessaire au financement de tels projets, elle n'est cependant pas suffisante. De plus, l'analyse nous a montré que certains projets pouvaient être « rendus viables », notamment lorsque leur utilité apparaissait cruciale pour l'Etat d'accueil.

1098. Dans l'hypothèse du renforcement de la viabilité du projet par l'intervention du partenaire public, il se posera la question de la gestion de l'ampleur du projet ainsi que ses externalités. Une telle gestion peut se faire notamment au moyen d'une combinaison entre activités rentables et activités non rentables, étant entendu qu'une juste combinaison impose tant une assise financière que géographique ou spatiale adéquate des investissements afin d'éviter des comportements de « choix intéressé » (« cherry picking ») – observés par exemple dans des projets en Argentine et aux Philippines – de la part des partenaires privés²⁸²⁶. Selon M. Bolmin par exemple, l'Etat est le garant du long terme et a seul la capacité d'assurer la péréquation spatio-temporelle nécessaire à la réussite d'un grand projet²⁸²⁷. On a en outre relevé qu'une offre trop « agressive » (c'est-à-dire surévaluée ou sous-évaluée selon les critères d'octroi de la concession) dénote dès le départ du côté des partenaires privés, un montage financier qui manque de viabilité²⁸²⁸. Pour cette raison, la viabilité globale du projet doit nécessairement comprendre son aspect rentabilité.

B- La rentabilité : paramètre fondamental pour les partenaires privés mais essentiel au renforcement de l'utilité du projet

1099. Paramètre fondamental et impératif pour les partenaires privés, l'exigence de rentabilité du projet ne paraît pas être motivée par le seul appât du gain pour ces derniers.

²⁸²⁵ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 176. L'auteur indique qu'une telle conception serait profondément étrangère à l'idéologie publique française.

²⁸²⁶ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", in *Public Administration Review*, March-April 2009, p. 287. Pour ces auteurs, "(...) Choosing the right scope may prevent private cherry picking – that is private parties restricting their investments to the profitable parts of the project. This happened, for instance, in Córdoba, Argentina, where the concession for private providers only covered water supply, leaving responsibility for unprofitable sanitation to the public authorities. Scope management also is related to choices concerning spatial coverage of the contract. Because extending infrastructure networks to poorer neighborhoods is often expensive, private parties will want to restrict investments to those parts of the city where customers live who are prepared and able to pay. In Manila, the capital of the Philippines, two separate concessions regarding water supply were granted".

²⁸²⁷ P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 144.

²⁸²⁸ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 44.

En effet, par référence à l'intérêt général, cet impératif de rentabilité permet d'éliminer les projets surdimensionnés ou ceux dont l'utilité n'est pas démontrée²⁸²⁹. De fait, on affirme avec force qu'en tant qu'ennemi des mesures fallacieuses et des projets utopiques, l'intérêt général doit être au cœur de l'action publique²⁸³⁰. En même temps, « *L'intérêt s'annonce comme le ressort de l'homme moderne, non que celui-ci soit essentiellement égoïste et uniquement soucieux de son bien-être matériel, mais parce que rien ne peut se faire dans la société si les individus n'y reconnaissent pas leur propre avantage* »²⁸³¹.

1100. A l'analyse, la rentabilité – dans les deux aspects de sa définition soit la recherche du profit et celle du moindre coût – apparaît comme un puissant moyen pour renforcer l'utilité du projet²⁸³². Selon certains auteurs en effet, outre le fait que l'exigence de rentabilité pousse à l'innovation et à la créativité pour identifier les projets potentiellement rentables, faire payer les usagers d'une infrastructure peut également être motivé par des objectifs de développement durable dans la mesure où un tarif ou une redevance insignifiant(e) conduirait à une sur utilisation, un niveau élevé de pollution ainsi qu'une mauvaise allocation des fonds publics²⁸³³. Dans le secteur des transports, l'expérience des parkings publics payants constitue une illustration souvent citée²⁸³⁴. Les Etats doivent toutefois trouver l'équilibre entre des projets rentables et attractifs pour les partenaires privés et la sauvegarde des intérêts nationaux, surtout lorsqu'on connaît la propension des partenaires privés à maximiser leurs profits, parfois au détriment des usagers et du partenaire public lui-même²⁸³⁵. Deux solutions principales s'offrent par conséquent au partenaire public pour sauvegarder les intérêts nationaux²⁸³⁶ tout en donnant par ailleurs un double effet utile à la rentabilité²⁸³⁷ :

²⁸²⁹ En ce sens Cf. C. Bettinger, *La gestion déléguée des services publics dans le monde – Concession ou BOT*, op. cit., p. 248.

²⁸³⁰ En ce sens Cf. P. Mazeaud cité par G. Merland, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, op. cit., p. 35.

²⁸³¹ Conseil d'Etat français, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 13.

²⁸³² Pour cette définition de la notion de rentabilité, Cf. S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 253.

²⁸³³ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", in *Public Administration Review*, March-April 2009, p. 287 ainsi que les références à l'OCDE (2003) et Banque mondiale (1994) citées par ces auteurs ; *adde* dans le même sens : R. Hertzog, « Le prix du service public », in *AJDA*, n° spécial 20 juin 1997, p. 64. Pour cet auteur par exemple, une redevance d'enlèvement des ordures ménagères fixée à un niveau élevé responsabilise le consommateur, le dissuade de produire des déchets, permet au service de réaliser les coûteux investissements nécessaires pour assurer une élimination respectueuse de l'environnement. Selon l'auteur toutefois, dans la mesure où l'ensemble de la population doit payer ce prix, on peut aussi vouloir que son montant soit modéré, ce qui présente en outre l'avantage de ne pas inciter les redevables à tenter d'échapper au paiement en se débarrassant des ordures de manière sauvage.

²⁸³⁴ Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 287 ainsi que l'étude de 2005 citée et menée par ces auteurs aux Pays-Bas.

²⁸³⁵ Un projet BOOT australien illustre de manière topique cette propension : Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 290 : "*Walker and Walker (2000), for instance, criticize the high return on investments of private parties in the Sydney Airlink BOOT project, in which the private consortium anticipated a profit of 21 percent to 25 percent, while the government is fobbed off with 2 percent*".

²⁸³⁶ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 290-291.

²⁸³⁷ Pour M. Bolmin, l'affirmation d'un principe de solidarité financière entre le concessionnaire et le concédant constituerait un moyen efficace et équitable permettant de réintroduire une partie des bénéfices indirects retirés par la collectivité dans l'équilibre économique et financier des projets : P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat

- le partenaire public peut insérer dans le contrat de BOT une clause de partage de bénéfice (« benefit-sharing clause ») susceptible de contribuer aux finances publiques ;
- le partenaire public peut également prendre des mesures pour faciliter l'accessibilité en termes de coûts à l'infrastructure ou au service pour les populations, soit en prenant en compte les revenus des usagers²⁸³⁸, soit en différenciant les tarifs²⁸³⁹, soit encore en différenciant les niveaux de service²⁸⁴⁰, soit enfin en différenciant les solutions de gestion²⁸⁴¹.

1101. Une clause de partage de bénéfices paraît d'autant plus légitime que l'on admet, même en droit français, qu'aucune disposition n'interdit au service public de réaliser des bénéfices, le caractère « non lucratif » dudit service provenant de l'absence de distribution du profit à des associés et non d'une absence de surplus²⁸⁴². Dans le projet ivoirien FOXTROT déjà cité, la société du projet (CENCI) devait rétrocéder 50% de ses recettes de vente aux tiers au secteur électrique ivoirien selon un mécanisme de déduction conventionnellement prévu²⁸⁴³. C'était là un moyen de sauvegarder l'intérêt national de la Côte d'Ivoire. Mais une telle sauvegarde des intérêts nationaux passe également par la reconnaissance de la légitimité du profit des partenaires privés.

SECTION II : LA PARTICIPATION PRIVÉE À LA RÉALISATION DU BOT COMME SOURCE DE LÉGITIMITÉ DU PROFIT DES PARTENAIRES PRIVÉS

1102. La distinction des sphères publique et privée a paru consacrer une appréhension différente des rapports à l'argent en droit public et en droit privé. L'argent public était conçu comme ne pouvant s'accumuler ou se placer avec profit comme l'argent privé dans la mesure où il devait être « affecté à une fonctionnalité abstraite au service de la nation »²⁸⁴⁴. D'un autre côté, on a estimé que « la recherche de l'argent suscite des

Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op., cit., p. 145-146.

²⁸³⁸ Des subventions ou des crédits « d'utilisation » peuvent alors être octroyés aux personnes à faibles revenus.

²⁸³⁹ Par exemple, les tarifs appliqués à Abidjan en Côte d'Ivoire prennent en compte les caractéristiques socio-économiques des ménages : Cf. Haarmeyer and Mody (1997) cités par Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 290.

²⁸⁴⁰ A titre d'exemple, les contrats d'adduction d'eau peuvent prévoir des obligations pour le distributeur de construire des bornes fontaines publiques (c'est le cas à Abidjan et à Manilles) : Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 290-291 où les auteurs précisent qu'une telle différenciation de service doit se refléter dans la structure des tarifs.

²⁸⁴¹ Il s'agit par exemple d'impliquer les communautés locales ou des distributeurs locaux dans le circuit de distribution, par le biais de la sous-traitance, de la franchise, de mini-concessions, ce qui offre l'avantage de régler le problème des « petites factures » : Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 291 : « A survey in Guatemala identified more than 2,000 community and privately operated water and sanitation enterprises in Guatemala City alone. (...) Involving local organizations in public service delivery may help develop a feeling of ownership in the new infrastructures, which may go toward ensuring their long-term sustainability. In addition, there are potential employment benefits involved in integrating rather than displacing informal enterprises involved in local service delivery ».

²⁸⁴² Cf. en ce sens R. Hertzog, « Le prix du service public », in AJDA, n° spécial 20 juin 1997, p. 65. L'auteur y précise que peu d'arrêts disqualifient le prix en impôt au motif qu'il est considérablement supérieur au coût.

²⁸⁴³ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 848.

²⁸⁴⁴ M.-A. Frison-Roche, « Argent privé, argent public » in APD, Tome 42, 1997, p. 197-211 citée par S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 7.

problèmes anciens (...) de légitimité » pour les particuliers²⁸⁴⁵. De fait, si la recherche de l'argent semble avoir toujours suscité un problème de « légitimité »²⁸⁴⁶ pour les personnes privées, la question de la légitimité du profit des partenaires privés dans une opération BOT revêt une importance particulière – voire même un caractère grave pour certains – dès lors que la source du profit pour ces personnes privées est une activité d'intérêt général. Selon M. Sébastien Bernard toutefois, la distinction fondée sur une conception personnaliste de l'argent, laquelle oppose l'argent appartenant aux personnes publiques et l'argent privé tend à s'atténuer en raison des transferts croissants qui s'opèrent entre les deux sphères²⁸⁴⁷. On a par exemple souligné à ce sujet qu'aux Etats-Unis, la notion d'intérêt privé ne saurait être couverte d'aucune connotation péjorative et que les intérêts privés économiques sont non seulement « recommandables » au plan moral, mais sont aussi nécessaires et légitimes au plan politique²⁸⁴⁸.

1103. Bien plus, M. François Rangeon affirme qu'« en confiant à des relais le soin de compléter son œuvre, l'Etat leur attribue aussi la légitimité d'une finalité désormais partagée »²⁸⁴⁹. Pour cet auteur en effet, l'association public-privé entraîne une recomposition des représentations de l'intérêt général dans la mesure où celui-ci émane de la société civile et, par un processus dynamique de combinaison des intérêts, résulte de leur assemblage et de leur arbitrage interne²⁸⁵⁰. On a même souligné qu'il ne sert à rien d'exiger des hommes qu'ils soient vertueux et désintéressés, de sorte qu'il faille les prendre tels qu'ils sont et leur montrer que l'obéissance aux lois est conforme à leur recherche de l'utilité, et la justice compatible avec leurs intérêts²⁸⁵¹. De tels intérêts – qui peuvent consister en un surplus – dans le cadre de transactions doivent s'appréhender non pas en termes négatifs mais en termes positifs et dès lors, loin de réduire le sentiment de solidarité, ils constituent une contribution majeure au maintien de celle-ci²⁸⁵².

1104. Nous avons examiné au demeurant la capacité du *project financing* (et par extension du BOT) à prendre en compte les biens publics – au sens précisé de biens communs. Or, la nature publique d'un bien ne suppose pas forcément sa prestation par l'Etat mais, entraîne généralement l'implication de plusieurs acteurs : l'Etat fait le lien entre intérêt privé et intérêt public dans la production et la distribution de biens publics²⁸⁵³. Selon M. Pierre Le Masne par exemple, la production de biens publics nationaux nécessite un certain nombre

²⁸⁴⁵ P. Demeulenaere, « La légitimation et la dénonciation de la recherche de l'argent dans la modernité », in APD, Tome 42, 1997, p. 137-151 cité par S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit. p. 7.

²⁸⁴⁶ La légitimité se définit comme le « caractère de ce qui est fondé en droit » ou « qualité de ce qui est équitable, fondée en justice » : Cf. Grand Larousse Universel tome 9, V° Légitimité, sens 1 et 2, p. 6201.

²⁸⁴⁷ S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 7 où l'auteur affirme que ces transferts croissants entre les deux sphères conduisent à s'interroger sur les différentes fonctions de l'argent dans la société contemporaine.

²⁸⁴⁸ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 201.

²⁸⁴⁹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 196.

²⁸⁵⁰ Ibid.

²⁸⁵¹ En ce sens Conseil d'Etat français, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 14.

²⁸⁵² En ce sens Cf. Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980, p. 102-103.

²⁸⁵³ Cf. en ce sens P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 87 ; adde : L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 172 où l'auteur indique qu'il n'y a aucune raison de principe à ce qu'une activité d'intérêt public soit nécessairement exercée par une institution publique au moyen de fonds ayant transité par l'appareil étatique.

d'accords et d'interactions entre acteurs privés et publics à l'échelle nationale.²⁸⁵⁴ Il se pourrait néanmoins que malgré leur participation à la production de tels biens, les partenaires privés soient empêchés d'en tirer du profit. Or, affirme-t-on, le profit a du sens vis-à-vis de l'intérêt général s'il se transforme en investissement²⁸⁵⁵. C'est précisément ce que l'analyse réalisée jusqu'à présent tend à démontrer car le BOT lui-même n'a de sens que si les partenaires privés investissent et s'investissent dans le projet en cause. Un tel investissement se traduit comme nous l'avons examiné en l'espèce par une prise de risques ainsi qu'une mise en commun de ressources financières et de compétences aux fins de réaliser et d'exploiter un projet public. Le profit escompté par les partenaires privés apparaît alors légitime pour deux raisons principales : il s'agit, tout d'abord, de la rémunération d'une entreprise c'est-à-dire d'une prise de risques (sous-section 1) et, ensuite, de la rémunération d'une création de valeur en tant que les partenaires privés grâce à leurs ressources diverses conçoivent, construisent et exploitent un projet (sous-section 2).

Sous-section 1 : La rémunération d'une entreprise/prise de risques

1105. La meilleure incitation pour impliquer les partenaires privés dans une opération BOT, et ainsi tenter d'en assurer le succès, semble de leur offrir un retour sur investissement attractif. Pour l'UNIDO en effet, *"The sponsors should be entitled to an attractive return, as determined by competitive market standards, if they succeed in meeting the BOT project's economic and contractual objectives"*²⁸⁵⁶. La rémunération d'une entreprise est toutefois une tâche complexe et délicate eu égard aux éléments à prendre en compte pour en assurer la détermination. Knight par exemple a à cet effet retenu deux éléments principaux à savoir un élément de revenu contractuel ordinaire et un élément de revenu différentiel complexe combinant calcul et chance²⁸⁵⁷. A l'examen, la rémunération du risque pose deux importantes questions : d'une part, celle de la correcte répartition et assumption du risque entre les partenaires privés et le partenaire public, étant entendue qu'une telle rémunération n'a de sens que pour autant qu'un risque ait été effectivement pris et assumé (I) et, d'autre part, celle du juste niveau de rémunération en proportion du risque pris (II).

I- La rémunération : contrepartie d'un risque effectivement pris et assumé

1106. Nous avons longuement analysé dans la première partie ce qu'il en est du traitement du risque entre partenaires dans le cadre d'un projet BOT (Cf. *supra* n^{os} 652 à 718). On a pu alors souligner que la différence entre une entreprise – au sens générique du terme, par exemple le cas d'un projet BOT – et une simple production pour le marché réside dans le

²⁸⁵⁴ P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 89. De même, selon cet auteur, la production de biens publics mondiaux (« BPM ») implique une coopération internationale entre Etats, une large participation d'acteurs non gouvernementaux (ONG), d'entreprises privées et publiques, de sociétés civiles qui doivent trouver des compromis entre eux.

²⁸⁵⁵ P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 120. Pour cet auteur toutefois, la relation profit-investissement s'est dégradée au cours des vingt dernières années et le profit débouche de moins en moins sur l'investissement. Le profit pourrait par ailleurs être obtenu, selon l'auteur, en rétrécissant l'objectif, en éliminant des services publics les besoins qui coûtent le plus cher.

²⁸⁵⁶ UNIDO BOT Guidelines, op. cit. p. 70.

²⁸⁵⁷ F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 277: *"The character of entrepreneur's income is evidently complex, and the relations of its component elements subtle. It contains an element which is ordinary contractual income (...) and the differential element is again complex, for it is clear that there is an element of calculation and an element of luck in it"*.

fait d'ajouter à la capacité de gérer l'incertitude le regroupement des risques, tout ceci prenant place sous la pression d'un même problème à savoir anticiper les désirs et contrôler la production par une projection dans le futur²⁸⁵⁸. Nous avons également vu que, conformément à une décision de l'Office des statistiques des Communautés européennes (EUROSTAT) du 11 février 2004²⁸⁵⁹ relative au traitement comptable dans les comptes des Etats membres des contrats souscrits par les pouvoirs publics dans le cadre de PPP, il est recommandé que les actifs liés à un PPP soient classés comme actifs non publics – et ne soient par conséquent pas enregistrés dans le bilan des administrations publiques – si les deux conditions suivantes sont réunies :

- le partenaire privé supporte le risque de construction, et
- ce même partenaire privé supporte également au moins l'un des deux risques suivants : le risque de disponibilité ou le risque lié à la demande.

1107. Cette recommandation du traitement comptable des actifs liés à un PPP, laquelle s'appuie en grande partie sur une répartition des risques entre partenaires public et privés est toutefois très critiquée. Un premier groupe d'auteurs estiment qu'en suivant la position d'EUROSTAT – dès lors qu'habituellement le secteur privé assume les risques de construction et de disponibilité – il y a un risque de se retrouver dans une situation où la plupart des investissements sont traités comme des investissements privés, même lorsque l'Etat assume un risque de demande substantiel (comme tel semble être le cas lorsqu'il garantit à l'opérateur privé un niveau de demande minimal pour le service fourni dans le cadre du PPP)²⁸⁶⁰. Pour ces auteurs, la décision d'EUROSTAT crée par ailleurs un aléa moral en ce sens qu'elle pourrait inciter à concevoir les PPP en fonction d'un niveau minimal plutôt que d'un niveau optimal de transfert des risques²⁸⁶¹. Un second groupe d'auteurs considèrent que l'approche préconisée par EUROSTAT peut, sur le plan comptable et en raison de son caractère formel, être contournée par les Etats qui auraient une volonté en ce sens, notamment dans l'hypothèse d'une garantie de revenus minimum qui sortirait ses effets dans le futur²⁸⁶². Plus précisément en ce qui concerne les risques, ces auteurs affirment qu'EUROSTAT adopte une approche statique de la répartition des risques alors qu'une approche budgétaire intertemporelle permettrait de constater que même lorsque les partenaires privés assument tous les risques de demande pendant toute la durée de la concession, le budget public assume toujours en dernier recours, et en dépit de l'effet de report, les risques résiduels²⁸⁶³. De plus, lorsque la qualité du service/bien peut être contractualisée – comme c'est le cas par exemple de la plupart des PPP dans le secteur du transport – le risque de demande est exogène et ne saurait dès lors fournir une utile incitation²⁸⁶⁴.

²⁸⁵⁸ Cf. en ce sens F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 244. Relevons que pour cet auteur (p. 239), il existe deux méthodes fondamentales de traitement de l'incertitude à savoir la réduction par le regroupement et la sélection des personnes pour en assumer les conséquences : “We may call the two fundamental methods of dealing with uncertainty, based respectively upon reduction by grouping and upon selection of the men to “bear” it, “consolidation” and “specialization” respectively”.

²⁸⁵⁹ EUROSTAT, communiqué de presse STAT/04/18 déjà cité.

²⁸⁶⁰ B. Akitoby, R. Hemming et G. Schwartz, *Investissement public et partenariats public-privé*, op. cit., p. 15-16.

²⁸⁶¹ Ibid.

²⁸⁶² Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 61.

²⁸⁶³ Ibid. p. 62 : “Once we use an intertemporal approach, it is clear that, even if the firm bears all the demand risk during the life of the contract, the discounted budget still is the residual risk claimant”.

²⁸⁶⁴ Ibid. p. 62-63. Ces auteurs ajoutent : “To the extent that taxpayers bear exogenous risk at a lower cost than the firm, the optimal contract then eliminates risk for the firm, so the effect on the government budget is identical to that of public provision”.

1108. Bien plus, il est souvent apparu que dans un souci de rendre un projet « rentable » certaines pratiques – de garanties notamment – ont abouti à transférer les risques commerciaux du projet soit aux collectivités locales, soit aux contribuables ou encore aux usagers. De telles pratiques de garanties, constatées dans de nombreux projets d'adduction d'eau – notamment en Bolivie (où dans le projet de Cochabamba 15% de retour sur investissement en termes réels ont été accordés au concessionnaire), en Chine, en Argentine et en Hongrie – aboutissent dans les faits à autoriser une participation privée sans aucune prise de risque aux projets publics²⁸⁶⁵. Pour certains auteurs qui se réfèrent à des projets réalisés en Chine, le fait de garantir un taux de retour sur investissement n'est pas de pratique internationale, ce qui a entraîné que ceux-ci critiquent vertement l'octroi d'une telle garantie dans le projet BOT des tunnels Yan'an Donglu dans lequel un taux de 15% de retour sur investissement avait été garanti au concessionnaire²⁸⁶⁶. A l'évidence, une telle garantie réduit sensiblement les avantages du modèle BOT pour l'Etat d'accueil du projet. Il résulte de tout ce qui précède que chaque partenaire doit assumer sa juste part de risque – peu important en principe les voies et moyens mis en œuvre pour ce faire – du moment où la rémunération doit être proportionnelle au risque pris et assumé.

II- Le niveau de rémunération doit être proportionnel au risque pris et assumé

1109. Une fois la répartition du risque effectuée, le niveau de rémunération fixé pour chaque risque pris doit être proportionnel au niveau de ce risque lui-même. Selon M. Christophe Marchand, le degré de concentration des bénéfices, la diffusion et l'absence de transparence dans les coûts, sont les meilleurs alliés des intérêts particuliers²⁸⁶⁷. Soulignons par conséquent d'emblée qu'un cadre institutionnel et réglementaire clair et performant (Cf. *infra* n^{os} 1134 à 1147) contribuera, entre autres, à veiller à l'équilibre entre risque et rémunération. Il apparaît toutefois impossible de raisonner en termes d'équivalence dans le cadre des opérations coopératives – comme c'est le cas du BOT – tel que l'illustre une sentence de la CCI relative à une joint venture dans laquelle le tribunal arbitral déclare en substance que « *Compte tenu des obligations contractées, la disproportion doit être évaluée en fonction de la distribution contractuelle du risque entre les parties* »²⁸⁶⁸.

1110. Sur le plan théorique, Knight a analysé la proportion qui doit être établie entre le risque pris et la rémunération qui y est attachée et conclut que : "(...) *If a man is undergoing a sacrifice for the sake of the future benefit, the expected reward must be larger in order to evoke the sacrifice if it is viewed as contingent than if is considered certain, and that it will have to be larger in at least some general proportion to the degree of felt uncertainty in the anticipation*"²⁸⁶⁹. Ainsi, d'autres auteurs ont à juste titre affirmé que le seul modèle qui puisse aider à la promotion du BOT est celui qui consiste à lier risque et retour sur investissement escompté : "*Only by linking the rated return to risks can*

²⁸⁶⁵ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 288 ainsi que la référence à Lobina et Hall (2003) citée.

²⁸⁶⁶ W. R. Zhang, S. Qing Wang, R.L.K. Tiong, S. Kiong Ting & D. Ashley, « Risk management of Shanghai's privately-financed Yan'an Donglu tunnels », op. cit., p. 408.

²⁸⁶⁷ C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 55.

²⁸⁶⁸ Sentence finale CCCI (inédite) dans l'affaire n° 9151, 1999 citée par V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 87. Pour cet auteur (p. 88), les moyens de réalisation de l'équilibre contractuel dans les opérations associatives seront souvent en marge du droit.

²⁸⁶⁹ F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 236.

the concessionaire be motivated to do its best to control investment, lower cost, collect revenues, improve service, and contribute to the society by paying taxes”²⁸⁷⁰.

1111. En pratique cependant, le BOT se réalisant dans des secteurs réglementés, la réglementation en place peut avoir pour effet de réduire les marges de manœuvre de la société du projet, notamment en lui imposant des tarifs ou prix à pratiquer. Ces tarifs/prix doivent néanmoins être fixés de manière à permettre à celle-ci de réaliser un retour sur investissement raisonnable, au risque d’inciter les partenaires privés à rechercher une renégociation des termes du contrat de concession. Selon M. Guasch par exemple, assurer un retour sur investissement raisonnable pour les partenaires privés constituerait le fondement du fameux principe de l’équilibre financier²⁸⁷¹, clause implicite ou explicite dans la plupart des contrats de concession ou dans les réglementations y afférentes²⁸⁷². Pour cet auteur toutefois, si une telle clause est en principe un pilier légitime de tout contrat de concession – dans la mesure où les partenaires privés devraient pouvoir obtenir un retour sur investissement raisonnable – l’équilibre financier doit être strictement encadré et doit surtout être relié à une exploitation efficiente en termes de coûts (« cost-efficient operation »)²⁸⁷³. On a effet relevé que l’adossement du risque à l’équilibre financier ne va pas de soi²⁸⁷⁴ de sorte qu’une perspective davantage « analytique » et réaliste commanderait que l’on « s’interroge, outre sur l’existence d’un risque, sur sa nature, son ampleur, son influence sur l’économie financière de la convention et, si possible, sur les probabilités de sa réalisation, sur le degré d’aversion de la personne cocontractante pour le risque et sur les moyens dont elle dispose pour le lisser »²⁸⁷⁵.

1112. Il s’agit en substance de s’interroger sur la structure de l’équilibre financier et d’en tirer les conséquences. C’est ce qu’a tenté M. Guasch²⁸⁷⁶ à travers une formule, considérée comme modèle simplifié, laquelle traduirait l’équilibre financier de l’opération et consacrerait en même temps un retour sur investissement, en principe adéquat, basé sur les revenus du projet soustraits de ses coûts, d’où l’équation : $R = PQ - CO - T - D = rKi$ où R = profits ; P = prix ou tarifs ; Q = quantité ou produits/services ; CO = coûts d’exploitation et de maintenance, T = taxes ; D = dépréciation ; r = coût d’opportunité du capital et Ki = capital investi. Dans ce modèle, si le critère d’octroi de la concession consiste en un paiement de droits concessionnels, il apparaît sous Ki ; si le critère d’octroi consiste en une offre de tarif/prix le moins élevé, il apparaît sous P . Dès lors tout critère d’octroi normal, qu’il soit basé sur Ki ou sur P recouvrerait une analyse qui tend à retrouver l’équation sus-exposée²⁸⁷⁷.

²⁸⁷⁰ W. R. Zhang, S. Qing Wang, R.L.K. Tiong, S. Kiong Ting & D. Ashley, « Risk management of Shanghai’s privately-financed Yan’an Donglu tunnels », op. cit., p. 408.

²⁸⁷¹ Pour un examen approfondi de ce principe et son application en droit français Cf. L. Vidal, *L’équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

²⁸⁷² J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 35-36.

²⁸⁷³ Ibid. p. 36 (c’est nous qui soulignons). L’auteur y relève toutefois que les coûts de fourniture de service sont rarement reliés à une échelle d’exploitation efficiente et quand bien même ils le sont, ces coûts sont l’objet de disputes.

²⁸⁷⁴ Ainsi l’illustration suivante est-elle des plus révélatrices : « Some analysts argue that Brazilian law provides strong protection for concessionaire through the financial-economic equilibrium of the contract. In principle this assessment may be true, but in reality the interpretation of this concept is so open to dispute that much more time may be required to resolve legal issues than many concessionaires can manage »: J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 61.

²⁸⁷⁵ T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », op. cit., p. 297.

²⁸⁷⁶ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 36.

²⁸⁷⁷ Ibid. en ce sens.

1113. Plus généralement, on a suggéré qu'il est essentiel pour le partenaire public d'avoir une vue parfaitement claire sur les critères et conditions qui ont motivé la décision d'investissement des partenaires privés²⁸⁷⁸ et qu'une clarification soit faite sur la nature des aléas laissés à la charge de ces derniers, ce qui devrait permettre de leur garantir une rémunération équitable qui ne soit pas payée au prix fort par le contribuable²⁸⁷⁹. Une telle rémunération est par ailleurs liée à la valeur que ces partenaires privés créent dans le cadre du BOT.

Sous-section 2 : La rémunération d'une création de valeur

1114. Nous avons démontré dans les chapitres précédents que le BOT est un montage qui se traduit par une association de compétences spécifiques et complémentaires afin de mettre en œuvre et d'exploiter un projet. Dans le cadre du projet BOT par conséquent, les partenaires privés déploient leurs compétences aux fins de réaliser la finalité du projet. On estime en effet que les compétences reflètent l'aptitude à déployer des ressources, à les combiner à travers des processus organisationnels particuliers dans des objectifs particuliers²⁸⁸⁰ – en l'occurrence une finalité d'intérêt général. Dans le cadre du BOT, il s'agira souvent de compétences clé c'est-à-dire d'un ensemble de savoir et savoir-faire technologiques complémentaires et uniques²⁸⁸¹. La mise en œuvre de ces compétences permettra en fin de compte de créer de la valeur, plus concrètement de concevoir, construire et faire fonctionner une infrastructure nouvelle au profit de la collectivité.

1115. Sur un plan plus général, on a effet expliqué qu'il ne suffit pas de travailler plus et mieux, mais qu'il faut encore qu'un tel travail s'applique à quelque chose d'utile qui soit réellement désiré par les autres²⁸⁸². La rémunération des partenaires privés tient donc également à cette création de valeur. A l'examen, dès lors que ceux-ci n'adoptent pas un comportement opportuniste – lequel se traduit par la recherche d'un intérêt personnel²⁸⁸³ fondé sur la tromperie (Cf. *infra* n^{os} 1235 à 1237) – ils réalisent en réalité tous les avantages auxquels leur patrimoine, leurs ressources, leurs brevets, leur savoir-faire leur donnent droit parce que ces avantages étaient tous évidents dès le début²⁸⁸⁴. De tels avantages ou surplus résultent d'une création de valeur et doivent logiquement être perçus positivement et, partant, renforcer le sentiment de solidarité entre les partenaires²⁸⁸⁵.

²⁸⁷⁸ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 287.

²⁸⁷⁹ T. Kirat, F. Marty et L. Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », op. cit., p. 312.

²⁸⁸⁰ Cf. en ce sens B. Bellon et J. Niosi, « Une évaluation des théories institutionnalistes des alliances industrielles stratégiques », in C. Voisin, A. Plunket et B. Bellon (coord.), *La coopération industrielle*, op. cit., p. 57.

²⁸⁸¹ Ibid.

²⁸⁸² En ce sens Cf. H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit., p. 87.

²⁸⁸³ A un niveau intermédiaire l'intérêt personnel est considéré comme un motif d'action plutôt positif. Pour M. Sen par exemple : "Self-interest is, of course, an extremely important motive, and many works on economic and social organization have suffered from not paying adequate attention to this basic motivation": A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 261.

²⁸⁸⁴ Cf. en ce sens S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002, p. 60 ainsi que la référence à Williamson citée.

²⁸⁸⁵ Cf. en ce sens Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980, p. 102-103.

1116. Bien plus selon Knight, la rémunération de la valeur tient à une part d'effort et de sacrifice ainsi qu'à la nature et aux conditions de l'offre et de la demande de capacités et de leur mise à disposition que requièrent de tels effort et sacrifice²⁸⁸⁶. En effet, l'investissement en ressources initiales est très souvent une condition d'une création de valeur, notamment lorsqu'un équipement spécifique (par exemple une centrale thermique dans le cadre du BOT) incorpore de la connaissance et devient non seulement un outil de production d'électricité mais également un objet ou un support d'apprentissage pour le personnel local. Il en est ainsi d'autant plus qu'il est rappelé que le succès économique dépend d'une utilisation adéquate des capacités technologiques alors que le succès technologique peut quelque fois être obtenu avec des capacités économiques réduites²⁸⁸⁷. Est ainsi posée la question de l'optimalité, laquelle constitue le moteur du BOT.

SECTION III : L'OPTIMALITÉ COMME MOTEUR D'UNE COOPÉRATION ASSISE SUR UNE COMBINAISON D'INTÉRÊTS PUBLICS ET PRIVÉS

1117. Selon M. Laurent Cohen-Tanugi, les principes de continuité, d'adaptation et de primauté du service public, qui justifient en droit administratif français certaines prérogatives exorbitantes du droit commun, ont pour finalité la « satisfaction complète des besoins d'intérêt général » de sorte que la qualité et la compétitivité des services rendus ne sont pas sans incidence sur le bien-fondé du régime administratif : leur insuffisance lui ôterait une bonne part de sa justification²⁸⁸⁸. Nous en déduisons par conséquent que l'optimalité semble être au cœur des missions des personnes publiques, ce d'autant plus qu'il y aurait identité de modèle théorique entre le pluralisme politique des groupes d'intérêts, qui concourent comme nous l'avons vu à la détermination de l'intérêt général, et le pluralisme du marché, qui concourt théoriquement à l'optimum économique²⁸⁸⁹. On relève néanmoins que « *Personne ne peut affirmer avec certitude que la production de tel bien collectif est ou n'est pas optimale* »²⁸⁹⁰.

1118. L'optimalité d'une intervention publique isolée, au sens de Pareto (avec le correctif de Kaldor et Hicks tel que nous l'avons examiné *supra* n^{os} 445 à 447), suppose la capacité de cette intervention – en l'occurrence un projet BOT – à générer un supplément de bien-être suffisamment important pour que la compensation des pertes soit facile²⁸⁹¹. On en a déduit le fait que la théorie de l'optimum, bien comprise et utilisée, pourrait être la philosophie politique « qui nous divise le moins »²⁸⁹². Par conséquent, de même que l'entreprise

²⁸⁸⁶ En ce sens Cf. F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 278.

²⁸⁸⁷ P. Pelikan, « La coopération industrielle comme mode d'expérimentation économique », in C. Voisin, A. Plunket et B. Bellon (coord.), *La coopération industrielle*, op. cit., p. 176 où l'auteur affirme qu'il en est ainsi parce que des capacités technologiques fortes suffisent à attirer des capitaux, créer de l'emploi, et appliquer des technologies avancées pour produire des biens de haute qualité.

²⁸⁸⁸ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, op. cit., p. 162 (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

²⁸⁸⁹ Ibid. en ce sens p. 166.

²⁸⁹⁰ A. Wolfelsperger, « La contribution de la théorie économique à la définition d'un concept d'utilité publique », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 211.

²⁸⁹¹ Cf. en ce sens C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 31 ; *adde* : A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 253: « *Partial agreements still separate out acceptable options (and weed out unacceptable ones), and a workable solution can be based on the contingent acceptance of particular provisions, without demanding complete social unanimity* ».

²⁸⁹² A. Wolfelsperger, « La contribution de la théorie économique à la définition d'un concept d'utilité publique », in R. Kovar et D. Simon (dir.), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché, Tome II : Approche transversale et conclusions*, op. cit., p. 212.

privée, à travers la recherche du profit, peut contribuer à la poursuite de l'intérêt général, la personne publique peut, sans se départir de l'intérêt général, orienter son activité vers un meilleur rendement²⁸⁹³. Dans le cadre du BOT, une telle équation se traduit principalement par une optimisation financière (sous-section 1) mais, plus généralement, aussi par la quête d'optimalité dans la mise en œuvre et l'exploitation du projet (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'optimisation financière

1119. Le BOT suppose une double optimisation en ce qui concerne les partenaires impliqués dans la réalisation du projet. Il s'agira, d'une part, de l'optimisation de la dépense publique (ODP) (I) et, d'autre part, d'une optimisation du financement privé (II).

I- L'optimisation de la dépense publique (ODP) – Renvoi

1120. L'optimisation de la dépense publique a fait l'objet d'un examen en détail dans le cadre du chapitre préliminaire (V. *supra* n° 169 à 173) auquel nous nous permettons de renvoyer. Pour M. Sébastien Bernard par exemple, la recherche de la rentabilité des activités publiques constitue un impératif financier pour l'Etat car, celui-ci doit faire face à une situation financière telle qu'elle rend une augmentation des prélèvements obligatoires impossible de sorte que l'exigence de sobriété pour l'Etat paraît incontournable²⁸⁹⁴. Une telle sobriété financière commande en principe le montage financier réalisé par les partenaires privés dans le cadre du BOT.

II- L'optimisation du financement privé

1121. Nous avons examiné dans la première partie la structuration financière qui est généralement adoptée par les partenaires privés aux fins d'optimiser le financement à mettre en place dans le cadre d'un BOT (Cf. *supra* n°s 528 à 536). Une telle structuration financière repose essentiellement sur la technique du *project financing* (sans recours ou à recours limité) qui, comme nous l'avons vu, implique en principe la création d'une entité spécialisée à savoir la société du projet. En dehors du fait que le *project financing* constitue un des meilleurs moyens de financement à long terme de projets d'envergure, trois avantages principaux ont été identifiés qui permettent une optimisation du financement privé²⁸⁹⁵ :

- le recours à une société du projet permet, grâce à un effet de levier important, d'obtenir un retour sur fonds propres satisfaisant malgré la prise en compte des coûts de structuration du projet souvent importants. Il en est ainsi d'autant plus qu'il paraît plus aisé de recourir à l'endettement que de contribuer en fonds propres notamment lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas de la plupart de BOT, de projets nouveaux (« Greenfield projects ») ;
- le *project financing* grâce au recours à une société du projet isolée permet, notamment dans la phase de construction, d'éviter le problème de sous-investissement qui caractérise généralement le recours à la finance d'entreprise (« corporate finance »), l'entreprise faisant souvent face à de multiples contraintes de financement. De plus,

²⁸⁹³ En ce sens Cf. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 25.

²⁸⁹⁴ S. Bernard, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, op. cit., p. 11 ainsi que la référence à P.-Y. Cosse citée par l'auteur.

²⁸⁹⁵ Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 48-49.

l'absence de « croissance » de la société du projet et le monitoring des différents partenaires rendent particulièrement difficile la possibilité de « détourner » les fonds d'une telle société ;

- enfin, l'isolement du projet au sein d'une société *ad hoc* réduit le risque de propager les difficultés souvent liées aux grands projets aux sociétés promotrices.

1122. Plus généralement, l'optimisation du financement privé passe par la possibilité qu'offre la société du projet de réduire les risques d'aléa moral qui tiennent souvent au fait qu'une personne doit assumer toute seule les conséquences des décisions prises par d'autres personnes²⁸⁹⁶. Une telle société permet en effet par ses fonctions d'intégration et de coordination sus-analysées de rechercher l'optimalité tant dans la construction que l'exploitation et le transfert de l'ouvrage.

Sous-section 2 : La quête d'optimalité dans la construction, l'exploitation et transfert de l'ouvrage

1123. La quête d'optimalité est sans aucun doute un objectif louable. Elle l'est d'autant plus que l'on relève que les services publics seraient tenus d'améliorer en permanence la qualité de leurs prestations²⁸⁹⁷. Ainsi par exemple, dans le projet ivoirien FOXTROT plusieurs fois cité, le plan de production de référence fixait les quantités dont la livraison constituait l'obligation irrévocable du concessionnaire vis-à-vis du concédant, « *au titre de la recherche d'une exploitation optimale des ressources énergétiques nationales justifiant l'ensemble du montage* »²⁸⁹⁸. L'optimalité ne va toutefois pas de soi puisqu'il faut en assurer aussi bien l'effectivité que la pérennité et malgré l'affirmation selon laquelle même en cas de forts effets adverses sur la qualité de service, il existerait toujours un degré d'intervention du secteur privé socialement optimal²⁸⁹⁹. Le BOT offre alors un certain nombre de mécanismes qui permettent d'atteindre l'objectif d'optimalité, pour autant que leur mise en œuvre soit appropriée. La quête d'optimalité repose ainsi principalement sur un système d'indicateurs de performance et d'exploitation durable (I), un tel système devant par ailleurs être suffisamment flexible de sorte à autoriser les ajustements nécessaires dans le cours de l'opération (II).

I- Le système d'indicateurs de performance et d'exploitation durable

1124. Les difficultés inhérentes aux actions collectives ont déjà été examinées (Cf. *supra* n°s 564 à 568). Toutefois, la structuration du projet BOT nous a permis de constater qu'il s'établit notamment entre les partenaires privés un niveau de coopération à ce point étroit que la participation de chaque partenaire est directement corrélée au succès du projet. En effet, l'apport de chaque partenaire pèse sur le résultat final du projet, ce qui limite les possibilités de resquillage. De plus, la performance de chaque partenaire peut être mesurée

²⁸⁹⁶ Cf. en ce sens F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 252-253. L'auteur ajoute (p. 268): "When uncertainty is present and the task of deciding what to do and how to do it takes the ascendancy over the execution, the internal organization of the productive group is no longer a matter of indifference or mechanical detail".

²⁸⁹⁷ Cf. en général sur la qualité dans le service public, L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, Paris, Dalloz, 2006.

²⁸⁹⁸ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 849.

²⁸⁹⁹ En ce sens Cf. C. Desrieux, « La gestion contractuelle des services publics. Une critique de l'approche par les droits de propriété », in *Revue économique* 2008/3, vol. 59, p.460. L'auteur précise toutefois que son modèle ne permet pas de conclure à une supériorité des partenariats public-privé pour tous les services publics.

ou, à tout le moins, objectivée²⁹⁰⁰. Dans ce contexte, le défi à relever est celui de formuler les indicateurs et objectifs adéquats de performance et d'exploitation durable ainsi que le système corrélatif de monitoring et de report qui permettent de s'assurer que les partenaires exécutent parfaitement leurs obligations contractuelles²⁹⁰¹. Certains auteurs estiment que ce domaine est celui dans lequel l'expertise nationale et internationale est essentielle, tout comme l'est l'aptitude des autorités centrales ainsi que des institutions internationales à fixer des normes²⁹⁰². A titre d'illustration, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT, les termes de la concession gazière accordée à la société du projet (CENCI) imposaient des spécifications relatives aux quantités et aux caractéristiques physico-chimiques du gaz à livrer car celui-ci devait correspondre en priorité aux besoins de certains partenaires du projet par rapport aux tiers²⁹⁰³.

1125. Sur un autre plan, l'établissement d'un monopôle privé qu'entraîne souvent la réalisation d'un projet BOT impose qu'une réglementation économique adéquate soit établie et qui oriente les dispositions contractuelles à prévoir des mécanismes de régulation de prix, à définir les standards de qualité du service ainsi que les objectifs de couverture²⁹⁰⁴. Or, certaines études empiriques semblent démontrer que seules quelques opérations permettent une réduction des coûts et que lorsque cette dernière est réalisée, elle est souvent exclusive de la qualité ou de l'efficacité²⁹⁰⁵. Dans le domaine de l'adduction d'eau par exemple le constat semble établi que les gestionnaires des réseaux de distribution ne sont souvent pas incités à préserver cette ressource rare alors que si les distributeurs d'eau sont soumis à des exigences et contraintes en termes financiers et quantitatifs, il est fort à parier qu'ils prendraient des mesures de préservation et s'assureraient que les usagers font de même²⁹⁰⁶. Dans le même ordre d'idées et dans le même domaine, ces distributeurs peuvent également être soumis à des exigences environnementales et sanitaires ce qui implique dans les contrats, d'une part, la formulation d'objectifs en termes de qualité potable de l'eau ainsi que du traitement des eaux usées et, d'autre part, la formulation d'exigences concernant la certification du matériel et du procédé mis en œuvre dans la construction et l'exploitation des infrastructures d'adduction d'eau²⁹⁰⁷.

²⁹⁰⁰ Comp. avec K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 681 ainsi que les références citées. Pour ces auteurs en effet: *"Empirical results regarding contracting performance are mixed. Most people agree that, so far, contracting out has only worked in certain service areas and under certain circumstances"*.

²⁹⁰¹ Cf. en ce sens K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 684 ainsi que les références citées.

²⁹⁰² En ce sens Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 289.

²⁹⁰³ Cf. P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 839.

²⁹⁰⁴ Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 289 ainsi que la référence OECD/EAP Task Force (2004) citée.

²⁹⁰⁵ En ce sens Cf. K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 685.

²⁹⁰⁶ Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 290. A titre d'illustration ces auteurs s'appuient sur une étude de Johnstone and Wood (2001) et révèlent que : « *In Manila, until recently, the 'unaccounted-for water' stood approximately 60 percent. In Mexico City, 40 percent of the water supply is lost through leakage ; in Buenos Aires, the figure was 44 percent in 1992* ».

²⁹⁰⁷ Ibid.

1126. Afin que l'identification des responsabilités soit aisée en cas de non réalisation des performances spécifiées au contrat, il est suggéré au partenaire public d'abandonner la pratique rétrograde – que le BOT permet d'éviter puisqu'il entraîne comme nous l'avons vu une appréhension globale du projet – qui consiste à concevoir par lui-même les spécifications techniques et à les confier ensuite pour exécution aux partenaires privés. Des auteurs affirment ainsi que : *“Although it is common for government managers to develop a design specification and hand it to industry to build, this retrograde approach, which makes it impossible to hold contractors responsible for delivering solutions that work, because as long as what's delivered meets specifications, it's the government's fault if the products don't work”*²⁹⁰⁸. En outre, cette manière de procéder présente l'inconvénient de court-circuiter les mécanismes d'ajustement qui doivent faire l'objet d'une franche coopération entre partenaires.

II- Les mécanismes d'ajustement : quête de la préservation de l'optimalité

1127. Les mécanismes d'ajustement peuvent concerner, comme nous l'avons déjà évoqué, aussi bien les produits ou services que les rémunérations ou les tarifs/prix dus en raison de ceux-ci. En effet, le monitoring des spécifications en termes quantitatifs ou qualitatifs des services ou produits peut, en pratique, être mené par l'expert/ingénieur indépendant, dont nous avons à plusieurs reprises évoqué le rôle, au profit des partenaires. Les modalités de son intervention doivent par conséquent être précisées au contrat pour lui permettre de mener avec efficacité sa mission sans toutefois interférer dans l'exploitation de l'infrastructure²⁹⁰⁹. Une telle intervention permettra de procéder avec une grande rapidité aux ajustements nécessaires, très souvent sans conflits.

1128. Les modalités d'ajustement peuvent également être couplées à la survenance de certains risques dans le cours de l'exploitation du projet. Ainsi par exemple, dans le projet ivoirien FOXTROT précité, le montage définitif a permis à l'Etat ivoirien d'inverser la charge du risque de gisement, conformément à la pratique pétrolière, de telle sorte qu'en définitive c'est le concessionnaire qui assumait le risque relatif à la quantité et à la qualité du gaz naturel dans les conditions fixées par la convention générale²⁹¹⁰. Dans ce projet toutefois, la portée de la réalisation du risque était limitée par la convention générale en ce sens que la réalisation du risque de gisement constitue une exception contractuelle qui libère le titulaire de son obligation de résultat, et n'entraîne ni l'application de pénalités, ni la résiliation pour faute du titulaire²⁹¹¹. Bien plus, lorsque le risque se réalise, les parties doivent rechercher par la concertation les solutions possibles au plan technique pour pallier la dégradation des conditions d'exploitation du gisement²⁹¹². De ce qui précède, la quête d'optimalité à travers ses divers mécanismes contribue à faire du BOT un instrument de « contrôlabilité » des projets publics dans le but d'en permettre la réalisation dans le cadre d'une coopération effective et pérenne.

²⁹⁰⁸ Kelman (2007) cité par K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, op. cit., p. 691.

²⁹⁰⁹ J. Delmon, *Project Finance, BOT projects and Risks*, op. cit., p. 285.

²⁹¹⁰ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 839-840.

²⁹¹¹ Ibid.

²⁹¹² Ibid.

SECTION IV : LE BOT COMME OUTIL DE « CONTRÔLABILITÉ » (« ACCOUNTABILITY ») AUX FINS DE COOPÉRATION EFFECTIVE ET PÉRENNE

1129. Tout projet décidé par l'autorité légitime peut ne pas toujours être au service effectif de l'intérêt général. Il importe dès lors, singulièrement dans le cadre d'un BOT, de s'assurer que les résultats projetés et promis seront conformes aux intentions. Le souci de s'assurer que l'action publique a été conduite conformément à la stratégie ou au projet initial, en respectant l'enveloppe budgétaire correspondante, et a produit les effets escomptés semble être une préoccupation omniprésente²⁹¹³. Bien plus, la responsabilité ne s'arrête plus dans le cadre du BOT à la régularité et à l'impartialité, mais acquiert une nouvelle dimension, assortie de procédures de contrôle et de suivi, qui englobe l'optimalité, la qualité ainsi que le rapport coût/efficacité. Il en est ainsi d'autant plus que comme le rappelle M. Hugh Collins, "*The government cannot escape political accountability to the public for the provision of services by merely entering into contracts which are designed to provide the required level of service*".

1130. Plus clairement, le BOT impose une certaine « contrôlabilité ». Ce néologisme, traduction de l'anglais « accountability », emporte notre préférence par rapport à l'expression française responsabilisation dont l'emploi en l'espèce ne saurait traduire précisément le contexte, les mécanismes et les exigences du BOT. La notion d'« accountability » signifie en effet que les partenaires doivent énoncer clairement ce sur quoi ils s'engagent, mais également comment cela pourra être vérifié. Selon MM. Kirat et Marty en effet, « *L'accountability pourrait se traduire par l'obligation de rendre des comptes de façon à pouvoir être tenu pour responsable des résultats obtenus dans le cadre de son activité. Participant d'une logique de contrôle des performances des organisations commune aux sphères publiques et privées, elle pourrait être traduite en français par le terme de **contrôlabilité*** »²⁹¹⁴. Un autre auteur a même affirmé que cette notion est en développement dans le cadre des services publics et « *se traduit, notamment, par l'essor de la contractualisation interne et l'adoption de chartes de qualité et d'engagements de service par lesquels les services s'engagent à satisfaire certaines normes de qualité* »²⁹¹⁵.

1131. Sur le plan économique, la « contrôlabilité » pourrait tirer sa justification de la préférence accordée à la spécialisation – en raison de son avantage à accroître la production – au détriment de la quête d'auto-suffisance, avec toutefois cette contrepartie que constitue le problème aigu de coordination des activités économiques²⁹¹⁶. De plus, une complication sérieuse se présente lorsque la coordination doit porter sur un accroissement de connaissances, notamment en ce qu'elles sont essentiellement dynamiques, d'où la nécessité de structures et procédures rationnelles²⁹¹⁷. Dans le cadre du BOT où l'on retrouve tant la spécialisation que l'accroissement de connaissances (au moins pour le personnel du partenaire public), la « contrôlabilité » requiert que l'ensemble

²⁹¹³ Y. Fortin, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980: hors du contrat point de salut? », in Y. Fortin (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, op. cit. p. 17.

²⁹¹⁴ Cf. en ce sens T. Kirat et F. Marty, « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : Réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », op. cit., p. 11 préc. note 24.

²⁹¹⁵ L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité*, op. cit., p. 576.

²⁹¹⁶ B. J. Loasby, *Equilibrium and evolution – An exploration of connecting principles in economics*, op. cit., p. 101.

²⁹¹⁷ Ibid.

des partenaires s'engagent non seulement sur la manière d'agir, mais également sur la manière dont ils doivent rendre des comptes : ils doivent donc tout d'abord énoncer clairement la finalité du projet et ensuite comment la réalisation de cette finalité pourra être vérifiée.

1132. La mise en œuvre d'un projet BOT requiert en pratique un encadrement (réglementaire et contractuel) adéquat et des mécanismes et procédures de suivi clairs et performants, gages d'une coopération effective et pérenne entre partenaires. On affirme en effet que : *"The best regulation cannot undo problems and mistakes made in the concession contract, and the best concession design will not be effective without proper regulatory oversight and enforcement"*²⁹¹⁸. Il en résulte que le BOT impose des contraintes de coordination « externes » au projet à réaliser c'est-à-dire en d'autres termes des facteurs de « contrôlabilité » extrinsèques (sous-section 1). Dans le même temps, le BOT lui-même recèle une capacité intrinsèque de « contrôlabilité » (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les facteurs de « contrôlabilité » extrinsèques au BOT

1133. Les facteurs extrinsèques de contrôlabilité reposent principalement sur un cadre institutionnel et réglementaire clair, équilibré et performant (I) ainsi que sur des procédures permettant de légitimer l'opération (II). La notion de cadre réglementaire sera toutefois entendue dans son sens le plus étendu comme comprenant les lois et toutes autres normes émanant des autorités légitimes du pays d'accueil du projet.

I- L'exigence d'un cadre institutionnel et réglementaire clair, équilibré et performant

1134. Comme nous l'avons évoqué, la participation des acteurs privés à la réalisation de projets publics ou d'intérêt général est souvent précédée, notamment dans les pays en développement, par des restructurations ou des libéralisations de nombreux secteurs d'activités. Ces réformes sont souvent accompagnées par l'édiction de nouvelles lois et réglementations. L'ensemble de ces mesures est généralement destiné à rassurer et protéger, d'une part, les investisseurs quant à certaines tentations ou pratiques politiques et, d'autre part, les usagers ou les populations en général quant à un monopole ou une position dominante privé et – pour cette dernière raison – à organiser, dans la mesure du possible, la concurrence²⁹¹⁹ entre ceux des acteurs (privés) en place dans un secteur et de potentiels nouveaux entrants²⁹²⁰. La multiplication de lois et règlements peut toutefois permettre aux intérêts organisés d'obtenir des avantages particuliers – souvent sans provoquer un alourdissement excessif des budgets publics – de même que ces intérêts peuvent, à mêmes fins, organiser le financement le moins transparent possible, notamment par recours à l'endettement²⁹²¹. Pour toutes ces raisons, le cadre institutionnel et réglementaire se doit d'être clair, équilibré et performant : il s'agit d'une nécessité dont l'utilité est incommensurable pour le succès du BOT (A) voire même au-delà. Toutefois, un tel cadre institutionnel et réglementaire doit s'insérer harmonieusement dans la société

²⁹¹⁸ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 142.

²⁹¹⁹ Certains auteurs affirment que la participation privée aux projets publics est généralement caractérisée par tout sauf la concurrence: Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 291 ainsi que la référence à Lobina and Hall (2005) citée : « *In reality PSP [private sector participation] is characterized by anything but competition : long-term concession periods, legal monopolies, and single bid concessions* ».

²⁹²⁰ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 6-7.

²⁹²¹ En ce sens Cf. C. Marchand, *Economie des interventions de l'Etat. Théorie des choix publics*, op. cit., p. 54.

qu'il est censé régir, à la fois pour en intégrer les spécificités et pour en combattre les travers. Cela suppose en conséquence un cadre institutionnel et réglementaire qui réalise une juste acculturation et qui n'est ni rigide ni opaque (B). Créer un tel environnement équilibré est en effet essentiel pour écarter ou réduire sensiblement les dangers que peuvent receler la mise en œuvre de projets BOT, notamment les abus que peuvent permettre, chez l'un ou l'autre partenaire, un pouvoir de négociation trop important, une asymétrie d'information ou encore des pratiques de corruption²⁹²².

A- Le cadre institutionnel et réglementaire : nécessité à l'utilité incommensurable pour le succès du BOT

1135. Le cadre institutionnel et réglementaire de tout Etat est fondamental quant à la possibilité d'y réaliser des projets ou, plus généralement, d'y investir. Il est déterminant dès l'origine pour le choix des modalités d'investissement et, singulièrement, de la place que prendront les acteurs privés dans l'économie et la société, de même que la forme que prendra leur association ou participation à la réalisation de projets publics. Par conséquent, la forme adéquate de l'association des acteurs privés à la réalisation de projets publics dépendra des connaissances, des compétences et capacités des institutions publiques y compris d'éventuelles instances régulatrices²⁹²³.

1136. Bien plus, le risque-pays que nous avons analysé dans le cadre du chapitre consacré à l'analyse et à la répartition des risques du BOT (Cf. *supra* n^{os} 625 à 632), et en particulier le risque politique, n'est dans la réalité des choses que la « valorisation » du cadre institutionnel et réglementaire de l'Etat hôte du projet. En effet, on rappelle que la valeur du pouvoir d'Etat, dans ses formes pertinentes et entre les mains d'organes appropriés, peut se voir attribuer un prix dans de nombreuses situations pouvant être comparées²⁹²⁴. Un tel prix peut alors être négatif, si l'exercice possible du pouvoir d'Etat est perçu comme portant atteinte au bien promis, par exemple, à cause de la crainte d'une confiscation²⁹²⁵. Ainsi par exemple, M. Guasch démontre que le risque lié à un cadre institutionnel et réglementaire inapproprié peut – en fonction des pays et secteurs – accroître de 2 à 6% le coût du capital, ce qui entraîne en général une compensation par des prix de service élevés ou un montant faible à verser au concédant au titre de droit de concession²⁹²⁶. Cette situation s'est concrètement illustrée dans une concession d'eau courante dans la ville de Buenos Aires en Argentine²⁹²⁷.

1137. La « valorisation » du cadre institutionnel et réglementaire du pays d'accueil d'un projet est souvent l'œuvre des agences de notation (« credit rating agencies »)²⁹²⁸ ou de

²⁹²² Cf. en ce sens M. M. Kumaraswamy and D. A. Morris, "Build-Operate-Transfer-Type procurement in Asian megaprojects", op. cit., p. 101.

²⁹²³ En ce sens Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 286.

²⁹²⁴ Cf. en ce sens T. Daintith, « Pouvoir étatique en droit et en économie », in *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, op. cit., p. 377.

²⁹²⁵ Ibid.

²⁹²⁶ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 8 où l'auteur affirme: "For example, a 5 percentage point increase in the cost of capital to account to regulatory risks will reduce an offered transfer fee or sale price by 35 percent or require a 20 percent increase in tariffs".

²⁹²⁷ Ibid. L'auteur indique alors que " (...) in the water concession in Buenos Aires, Argentina, the regulator grants a 3.5 percent increase in tariffs for each 1 percentage point increase in the cost of capital".

²⁹²⁸ Pour une description synthétique du processus de notation des Etats Cf. D. Moyo, *Dead Aid*, op. cit., p. 83 où l'auteur résume ainsi le rôle des agences de notations : "Their role is to assess a potential borrower's ability

magazines spécialisés²⁹²⁹. En effet, avant la notation du projet BOT en cause, ces agences attribuent en général et en amont une note à chaque pays. Dans ce processus, elles sont souvent enclines à notamment pénaliser les mauvaises informations, les ambiguïtés, la complexité et la « discrétion » dans le droit des contrats²⁹³⁰. Or, la notation revêt une importance non-négligeable pour tout pays – comme l’actualité nous le démontre – non seulement parce qu’elle « valorise » le cadre institutionnel et réglementaire dudit pays mais également parce qu’elle détermine voire dicte les notes attribuées aux entreprises situées en son sein, d’où la notion de « limitation souveraine » (« sovereign cap » ou « sovereign ceiling »)²⁹³¹.

1138. L’Etat de droit semble alors constituer tant une source de réduction de risques qu’un moyen de réduction des coûts de transactions. C’est ainsi par exemple que M. Salacuse affirme que : *“For foreign investors, the rule of law in the host country is a risk-reduction device, and it also saves on transaction costs [...]. An effective rule of law helps to provide predictability for investors in developing countries and thus facilitates investment”*²⁹³². Une étude a par ailleurs démontré que le non-respect récurrent et sans sanction conséquente, par les partenaires impliqués dans différents projets, de leurs obligations contractuelles a eu pour conséquence de réduire sensiblement le flux des investissements privés en Asie du sud-est, particulièrement aux Philippines²⁹³³. Un cadre institutionnel et réglementaire adéquat permettra généralement la mise en place de règles, normes, structures, mécanismes, procédures et institutions visant à créer un environnement attractif, sûr et stable pour les investissements.

1139. Un cadre institutionnel et réglementaire adéquat peut tout d’abord établir des règles et mécanismes clairs au sujet du droit de propriété ainsi que des droits contractuels considérés comme des fondements de l’économie de marché et des investissements étrangers²⁹³⁴. L’Etat de droit semble en effet essentiel dans ces domaines, notamment lorsque sont mises en œuvre des sûretés et des garanties²⁹³⁵.

(mainly the country’s likely future income path based on economic and social factor) and willingness (essentially a political assessment) to repay any debt”.

²⁹²⁹ L’ « Institutional Investor » en constitue un exemple. Le risque-pays tel qu’il est perçu est coté par ce magazine sur une échelle de 1 à 100, un score de 100 représentant le plus haut degré de sécurité tandis qu’un score de 1 représente un environnement pour les seuls investisseurs kamikaze : Cf. P. Collier, *The bottom billion – Why the poorest countries are failing and what can be done*, op. cit., p. 89 où l’auteur souligne toutefois les difficultés – et leurs causes – qu’ont les pays ayant entrepris des réformes à voir celles-ci être réflétées dans leurs notes.

²⁹³⁰ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 48. Pour ces auteurs, “In terms of contract theory, credit rating companies punish contract incompleteness”. Nous verrons toutefois que l’incomplétude contractuelle est inhérente à tout contrat de long terme, la question étant dès lors essentiellement celle du cadre institutionnel devant garantir les attentes raisonnables des partenaires lors de l’exécution de ce type de contrats. *Adde* pour une analyse du rôle de ces agences dans l’évaluation des systèmes juridiques et de leurs biais en faveur de certains de ces systèmes, notamment anglo-saxons, Cf. B. du Marais, P.-H. Conac, A. Piquemal, Ph. Frouté, “Rating the law : How financial rating agencies are assessing the legal risks of financial transactions” disponible sur : <http://www.ssrn.com/abstract=1137896>

²⁹³¹ Cf. D. Moyo, *Dead Aid*, op. cit., p. 84 qui rappelle que : “The notion of sovereign ceiling means that a company can never obtain a credit rating higher than that of its country”.

²⁹³² Jeswald W. Salacuse, “Direct foreign investment and the law in developing countries”, in S. Schlemmer-Schulte & Ko-Yung Tung (ed.), *International Finance and development Law*, Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata, The Hague, Kluwer Law International, 2001, p. 657-658.

²⁹³³ Cf. Rommel C. Gavieta, “How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: The Philippine experience”, in *The Journal of Structured Finance*, spring 2006, p. 90 et s.

²⁹³⁴ En ce sens Cf. Jeswald W. Salacuse, “Direct foreign investment and the law in developing countries”, op. cit., p. 656; *adde* : H. Lepage, *Pourquoi la propriété*, op. cit., p. 98 où selon l’auteur une société sera d’autant

1140. Un cadre institutionnel et réglementaire adéquat peut ensuite reposer sur des instances régulatrices des secteurs dans lesquels une participation privée paraît nécessaire ou utile. Cette question est essentielle puisqu'il faut éviter de substituer à un monopole public un autre privé et pire encore, dans ce dernier cas, non réglementé ou régulé²⁹³⁶. Cette question est toutefois épineuse, complexe et délicate, ce d'autant plus que l'on relève que même dans les régions industrialisées, et malgré les qualifications et compétences des personnes travaillant dans les administrations publiques, les Etats éprouvent d'énormes difficultés dans la maîtrise de la question de régulation²⁹³⁷. On estime en effet que l'institution d'une autorité de régulation ne fait pas disparaître les problèmes, lesquels se reposent dans un cadre nouveau, plus complexe car il faut tenir compte des relations entre le régulateur et l'Etat et également du risque de capture du régulateur par les opérateurs privés²⁹³⁸.

1141. C'est encore le cadre institutionnel et réglementaire qui déterminera les exigences en matière d'utilité du projet pour l'Etat d'accueil. Ainsi, par exemple les exigences en matière de développement durable – lequel comprend des composantes sociale, environnementale et financière²⁹³⁹ – seront essentiellement déterminées, outre la modalité de réalisation du projet choisie, par les incitations créées par le cadre institutionnel et réglementaire et les clauses spécifiques portées dans le contrat régissant l'exécution du projet²⁹⁴⁰.

moins réceptive au progrès et portée à la croissance que l'imprécision de son régime de droit de propriété et l'inefficacité de ses procédures de protection accroîtront les « coûts privés » de l'innovation et réduiront la rentabilité personnelle que l'innovateur anticipera de ses efforts. Pour cet auteur (p. 111), il ne s'agit toutefois pas de protéger les propriétaires en tant que classe sociale, mais de protéger les droits de propriété.

²⁹³⁵ Cf. en ce sens S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", in *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 1, 2003, p. 61.

²⁹³⁶ En ce sens Cf. Don Wallace Jr., "Creating law in changing societies: The case of law for privately financed infrastructure projects", in S. Schlemmer-Schulte & Ko-Yung Tung (ed.), *International Finance and development Law*, Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata, op. cit., p. 831-832: "*Policies with respect to the economic structure of the sector of infrastructure should be propounded, a competition policy for the country or sector should probably be in place, and machinery of regulation – as to price, safety, quality and consumer protection – of the sector devised*"; *adde* dans le sens de la création d'autorités de régulation, notamment dans les pays en développement, ainsi que leurs modalités de fonctionnement, D. Lorrain, "Ten years of public utility reforms : 7 lessons (From privatization to public-private partnership)", op. cit., p. 38.

²⁹³⁷ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 294. Toutefois, il nous semble que les difficultés éprouvées dans ce domaine dans les pays industrialisés tiennent en grande partie aux complexités liées à une structure industrielle elle-même complexe. Les difficultés de régulation pour les pays en développement se situent par conséquent sur un tout autre plan, notamment politique. Pour une présentation et un commentaire d'un modèle de structure institutionnelle d'agence de régulation : Cf. J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 135-139.

²⁹³⁸ En ce sens Cf. P. Le Masne, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, op. cit., p. 63-64. L'auteur affirme toutefois (p. 112) que le système Régulateur/Opérateurs adopté par l'Europe devrait être admis comme cadre général.

²⁹³⁹ Ces composantes correspondent aux dimensions « populations », « planète » et « profit » telles que suggérées dans le rapport du Programme des Nations Unies pour l'environnement de 1998 intitulé « Protecting our planet, securing our future » cité par Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 284.

²⁹⁴⁰ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 286. Pour ces auteurs: "*Private sector participation in urban infrastructure does not automatically contribute to sustainability. Whether it does depends on the quality of the government mechanisms by which these private contributions are regulated and the extent to which regulation issues are recognized and acted on*".

1142. La mise en œuvre d'un cadre institutionnel adéquat peut également concerner les institutions judiciaires²⁹⁴¹. Il peut s'agir alors de spécialiser ces institutions car, on estime que « *Plus le juge est « spécialisé », plus il constitue un cadre « institutionnel » favorable à la réalisation de transactions efficaces* »²⁹⁴². Un cadre juridictionnel performant peut alors renforcer le respect des obligations contractuelles, notamment lorsqu'une sanction adéquate de l'inexécution de telles obligations peut être assurée et appliquée par les juridictions locales²⁹⁴³. Pour M. Gavieta par exemple, la violation des obligations contractuelles aux Philippines trouve sa source dans la faible protection des droits de propriété, une telle faiblesse étant liée tant à un secteur informel prépondérant qu'à un système politique fondé sur le népotisme²⁹⁴⁴. Un cadre institutionnel adéquat peut également consister en la mise en place d'institutions régulatrices privées (Cf. *infra* n^{os} 1282 à 1285 pour l'arbitrage et les autres modes alternatifs de résolution de différends) appropriées. Il peut par exemple s'agir d'institutions de normalisation ou de contrôle de qualité.

1143. En définitive, il ne paraît pas exagérer d'affirmer qu'un Etat de droit assure, mieux que toute forme de sophistication, le succès du BOT. En effet, l'extrême sophistication de certaines clauses et techniques relatives au BOT est parfois liée à un environnement institutionnel et réglementaire inadéquat du pays d'accueil du projet²⁹⁴⁵. Reste toutefois à déterminer concrètement ce qu'on entend par Etat de droit et comment le mettre en place car, l'Etat de droit ne se décrète pas. Il est une construction, fruit d'un savant équilibre entre une juste acculturation – et non pas une déculturation – et une prise en compte des réalités socioculturelles locales dans une dynamique de transparence et d'ouverture sur l'avenir.

B- Un cadre institutionnel et réglementaire équilibré : réaliser une juste acculturation et préserver transparence et flexibilité

1144. Il est une chose de créer un cadre institutionnel et réglementaire pour le BOT. Il en est une autre qu'un tel cadre soit performant, ce qui suppose qu'il possède certaines caractéristiques. Il doit par exemple réaliser un certain équilibre entre une juste acculturation et une prise en compte des spécificités locales, outre le fait que doivent être évitées une sur-réglementation et une réglementation rigide et opaque. A titre d'exemple, une des difficultés auxquelles doivent faire face les investisseurs privés relève de l'incertitude politique²⁹⁴⁶ et de l'opacité qui tiennent souvent à la multiplicité des instances

²⁹⁴¹ Cf. en ce sens Jeswald W. Salacuse, "Direct foreign investment and the law in developing countries", op. cit., p. 644 et 654-655. L'auteur affirme (p. 655): "*By performing judicial functions properly, the courts can reduce political and commercial risk to investors, thereby contributing to an environment favourable to investment*".

²⁹⁴² E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), Paris, LGDJ, 2001, p. 168.

²⁹⁴³ *Contra*: S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", op. cit., p. 58 ainsi que les références citées. Pour l'auteur, "(...) *we could argue again that contract law plays but a minor role in a limited subset of situations. (...) What ever theories say about efficiency of clear rules, American contract law often is uncertain, featuring a rule neatly matched by a counterrule. (...) American legal procedure is costly and subject to procedural games such as discovery abuse and what seems to be endless delay*".

²⁹⁴⁴ Rommel C. Gavieta, "How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: The Philippine experience", op. cit., p. 92.

²⁹⁴⁵ Il est remarquable à cet égard de constater par exemple que la pratique des clauses dites de stabilisation et/ou d'intangibilité est quasi-inexistante dans les pays développés.

²⁹⁴⁶ L'incertitude, remarque-t-on, est cependant un fait de la vie dans toute société. Ce qui différencie les sociétés c'est la mesure dans laquelle celles-ci cherchent à éviter l'incertitude et notamment le choix des moyens pour réduire l'incertitude tel le droit : Cf. Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic

gouvernementales ainsi que des organismes publics – et notamment d’une absence de leur coordination²⁹⁴⁷ – qui interviennent souvent dans la mise en œuvre d’un projet BOT. On a ainsi relevé qu’en pratique, les réglementations en matière économique, sociale et environnementale sont souvent mal coordonnées alors même qu’une telle coordination participe de la réduction des risques pour les partenaires privés²⁹⁴⁸.

1145. Plus fondamentalement toutefois, une critique adressée, à juste titre, aux organisations internationales œuvrant pour des réformes législatives et institutionnelles en vue de promouvoir le développement économique dans les pays en développement ou en transition est le fait que celles-ci ont fondé leurs analyses en grande partie sur des valeurs et outils économiques, s’appuyant rarement sur d’autres disciplines telles l’anthropologie juridique, la sociologie juridique et, plus généralement, les sciences des cultures²⁹⁴⁹. Or, les institutions, dans une acception étendue, sont considérées comme représentant l’ensemble du système social et non simplement certains de ses aspects car, elles lient les bases de la société au système juridique et ne se limitent par ailleurs pas à une série de normes ou de coutumes²⁹⁵⁰. De là la remarque selon laquelle le concept de l’Etat de droit est devenu ces dernières années un slogan politique à travers le monde, sans qu’on en donne toutefois un contenu ou les moyens précis de le réaliser²⁹⁵¹. De là également les critiques formulées contre les approches du développement faisant de l’Etat de droit la pierre angulaire et vantées (voire imposées) notamment par la Banque mondiale et le Fonds monétaire international²⁹⁵².

development : Integrating economic and cultural approaches”, op. cit., p. 296 ainsi que la référence à Hofstede citée. L’auteur ajoute : “According to Hofstede, this is because attitudes to uncertainty vary across cultures, and these attitudes are ‘not based on formal logic but on psycho-logic’”.

²⁹⁴⁷ Pour M. Bolmin, en l’absence d’une véritable coordination d’un représentant de l’intérêt public, la multiplication des expertises extérieures aux projets, dont les motivations sont parfois aussi floues que peu rationnelles, est la cause majeure d’un alourdissement de coûts des opérations BOT : P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d’infrastructure : la notion de Co-développement », op. cit., p. 137.

²⁹⁴⁸ Cf. en sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, “Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability”, op. cit., p. 288.

²⁹⁴⁹ Cf. en ce sens Amanda J. Perry, “The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches”, in *Journal of Law and Society*, vol. 29, n° 2, 2002, p. 283.

²⁹⁵⁰ En ce sens et pour une série de références relatives à l’étude du concept d’institution en sociologie, en science des organisations, en économie et en sociologie juridique, Cf. G. Teubner, “Expertise as social institution: internalizing third parties into the contract”, in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 345 et note 28 ; *adde* dans le même sens D. Lorrain, “Ten years of public utility reforms : 7 lessons (From privatization to public-private partnership)” in *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, op. cit., p. 36.

²⁹⁵¹ K. Hendley, “The rule of law and economic development in a global era”, in A. Sarat (ed.) citée par S. Macaulay, “The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules”, in *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 1, 2003, p. 56. *Contra* cependant Jeswald W. Salacuse, “Direct foreign investment and the law in developing countries”, op. cit., p. 657-658 où l’auteur décrit les caractéristiques de l’Etat de droit et affirme notamment que : “An effective rule of law means that actions by the governmental authorities are in accordance with rules known to all”

²⁹⁵² Pour de telles critiques, Cf. notamment J. Stiglitz, *Globalization and its discontents*, New York, W. W. Norton & Co., 2002, p. 139, 160-161, 208-209 ; H.-J. Chang, *J. Stiglitz and the World Bank: the rebel within*, London, Anthem Press, 2001, p. 96 cités par S. Macaulay, “The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules”, op. cit., p. 58 ; *adde* : Amanda J. Perry, “The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches”, op. cit., p. 282 et s. Pour cet auteur notamment (p. 285) : “(...) development organizations have failed to examine directly the rather obvious issue of how cultural values might affect private sector perceptions and expectations of legal systems around the world. This appears to be the result of the blackboard based, econo-centric assumption that all individuals are motivated in the same way and by the same, strictly economic, factors”.

1146. Des remarques qui précèdent, certains auteurs n'ont pas hésité à affirmer que la démocratie libérale ne rencontrerait pas les besoins socioculturels des pays en développement et, singulièrement, l'Afrique où « *Il est vain de vouloir développer l'économie si ce développement ne trouve à s'appuyer sur un fond social et culturel enraciné dans le passé* »²⁹⁵³. Mme Amanda J. Perry affirme par ailleurs que le progrès matériel dépend des qualités personnelles, de la morale et des institutions sociales ainsi que des structures politiques qui toutes contribuent à promouvoir le travail et la réussite²⁹⁵⁴. Ces opinions doivent toutefois être mises à l'épreuve des défis contemporains qui exigent certes un ancrage local mais aussi et surtout une grande ouverture sur l'extérieur et une forte capacité d'adaptation. Dès lors, loin de recommander une déculturation (ce dont les dragons et autres tigres asiatiques²⁹⁵⁵ n'ont eu besoin) ou le mimétisme²⁹⁵⁶, toutes choses qui seraient néfastes, nous suggérons un cadre institutionnel et réglementaire équilibré, flexible et transparent. Un tel cadre comprendrait un système politique et juridique assis sur des institutions fortes et crédibles²⁹⁵⁷, lesquelles encourageraient par ailleurs la participation citoyenne (et notamment en prenant en compte et en les traitant les doléances et plaintes des utilisateurs d'infrastructures) et l'initiative économique notamment en garantissant un environnement juridique raisonnable, effectif et stable ainsi qu'un système éducatif assis sur une culture du mérite. A l'analyse, il s'agit pour les nombreux Etats hôtes du BOT de réaliser une bénéfique acculturation²⁹⁵⁸. Ainsi par exemple, après avoir constaté la prépondérance du secteur informel dans l'économie et les institutions judiciaires aux Philippines, M. Gavieta propose notamment d'associer et d'encourager le secteur informel à la promotion du respect des droits et obligations contractuels²⁹⁵⁹.

1147. En définitive, tant une meilleure rédaction des contrats du BOT et leur parfaite exécution que la mise en œuvre d'un cadre institutionnel et réglementaire clair et performant conditionnent le succès de l'opération et, partant, les performances du secteur

²⁹⁵³ P. Demaret, « Quel rôle pour l'anthropologue dans la coopération au développement ? », in Cahiers Nord-Sud, ULB, vol.II, n° 7, avril 1985, p. 4.

²⁹⁵⁴ Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 286 ainsi que la référence à Bauer citée.

²⁹⁵⁵ Une étude de l'Asian Development Bank (ADB) révèle ainsi que si les systèmes juridiques asiatiques et occidentaux ont commencé à converger ces trente dernières années – notamment depuis la forte croissance économique en Asie – les systèmes juridiques asiatiques demeurent dominés par une assise étatique forte ainsi que par certains éléments de « discrétion » : Cf. Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 287 ainsi que les références citées.

²⁹⁵⁶ Amanda J. Perry, critiquant les positions de la Banque mondiale notamment, relève ainsi que : "If institutions 'matter economically in the actual costs (and benefits) they create for businesses, not in their compliance with ideal forms', then institutions must be assessed according to their effect on the 'efficiency of economic transactions', rather than on the extent of 'their resemblance to rational Western norms of law and jurisprudence'" : Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 288 ainsi que la référence à A. Stone et al. citée.

²⁹⁵⁷ Des études empiriques ont ainsi permis de conclure à l'existence d'une forte corrélation entre la crédibilité politique, telle que perçue par le secteur privé, et le niveau des investissements. Par conséquent, on relève que : "Countries with high perceived political credibility had high investment rates, and vice versa" : Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 296 ainsi que toutes les références citées à la note 55.

²⁹⁵⁸ Pour M. Amartya Sen toutefois, "If a traditional way of life has to be sacrificed to escape grinding poverty or minuscule longevity (as many traditional societies have had for thousands of years), then it is the people directly involved who must have the opportunity to participate in deciding what should be chosen" : A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 31.

²⁹⁵⁹ Rommel C. Gavieta, "How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: The Philippine experience", op. cit., p. 94.

d'activités concerné. Pour ce faire, le cadre institutionnel et réglementaire sus-évoqué doit également établir des procédures d'attribution de projets ou de sélection des partenaires privés qui permettent d'asseoir la légitimité de l'opération.

II- La mise en œuvre de procédures tendant à légitimer l'opération : assurer compétition, transparence et lutte contre la corruption

1148. Les procédures tendant à légitimer l'opération de BOT visent à organiser la concurrence ou la compétition entre les futurs partenaires privés ainsi qu'à assurer transparence et gouvernance du projet dans son ensemble²⁹⁶⁰. On estime en effet que la pratique internationale a puissamment contribué à diffuser des principes procéduraux de la commande publique dans le monde, dans un but général d'efficacité et d'égalité d'accès aux marchés publics avec une orientation vers la concurrence et vers la lutte contre la corruption²⁹⁶¹. Il en est ainsi surtout parce que, comme c'est souvent le cas dans le cadre du BOT, certaines institutions financières internationales participent au financement de projet (Cf. *supra* n° 822). Ainsi par exemple, la Banque mondiale a formalisé dans un recueil de règles internes son processus d'intervention dans le cadre d'un *project financing* : une attention particulière doit ainsi être accordée tant aux études d'impact environnemental qu'aux procédures de passation des marchés²⁹⁶². De manière générale, l'objectif en pratique est de pouvoir combiner l'exigence de transparence et l'impératif de choix individualisé²⁹⁶³. Il en est résulté que la procédure aux fins de sélectionner le futur titulaire du BOT doit être adaptée mais également compétitive et transparente (A), cette dernière exigence entraînant notamment une admission restrictive et rigoureusement encadrée des offres spontanées ou projets d'initiative privée (B).

A- Une procédure de sélection du concessionnaire adaptée mais compétitive et transparente

1149. La compétition semble occuper un rôle important dans la sélection du concessionnaire et ensuite dans les rapports de ce dernier avec ses cocontractants et/ou sous-traitants. Dans le cadre du BOT, la compétition se présente en conséquence sous deux rapports. Au niveau de la sélection du concessionnaire, trois approches sont généralement adoptées dans la pratique internationale dans une opération BOT à savoir : l'offre de gré à gré, l'appel d'offre et le dialogue compétitif. Cette dernière approche semble connaître une

²⁹⁶⁰ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 291.

²⁹⁶¹ En ce sens Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 227.

²⁹⁶² Cf. les « Operational policies » ainsi que les « Bank procedures » de la Banque mondiale sur le site : www.worldbank.org/html/fpd/guarantees/html/process_ops.html; adde pour un examen de la mise en œuvre des directives de la Banque : H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », in RDAI, n° 6, 1998, p. 606-608. Pour une critique de ces règles considérées comme rigides et ne respectant qu'en apparence les règles de transparence et d'égalité de traitement Cf. P. Bolmin, « Pour un nouveau Partenariat Public/Privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », op., cit., p. 135-139.

²⁹⁶³ En ce sens Cf. H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 605.

vogue ces dernières années²⁹⁶⁴. Toutefois, il semble que le choix d'une procédure dépend plus du montant du projet que du contexte économique²⁹⁶⁵.

1150. La procédure d'offre de gré à gré ou par négociation paraît démontrer une certaine efficacité par rapport aux autres procédures, notamment en ce qu'elle réduirait fortement les possibilités de renégociation²⁹⁶⁶. Toutefois, cette relative « efficacité » s'explique par le fait que les concessionnaires réussiraient généralement à obtenir des termes contractuels avantageux à travers la négociation, ce qui leur octroie une certaine flexibilité peu propice à encourager les renégociations²⁹⁶⁷. Dans une telle procédure que l'on recommande d'éviter²⁹⁶⁸, c'est en fin de compte la force de négociation ou de marchandage qui compte, au risque de sacrifier les intérêts de certaines parties.

1151. On reconnaît néanmoins que la complexité et l'innovation qu'entraîne souvent l'utilisation du BOT supposent que les partenaires potentiels soient impliqués le plus tôt possible dans le projet afin de faire des propositions réalistes, d'où une bonne part de procédure négociée²⁹⁶⁹. Un tel procédé ne doit cependant pas être exclusif de la compétition ou de la concurrence. En effet, une bonne procédure d'attribution semble être synonyme de compétition, cette dernière signifiant comme l'indique à juste titre un auteur : “(...) *Trying to compare apples and apples, if possible, to get the best apple at a price one can afford ; not buying the first apple one sees ; not comparing apples and chocolate candy and deciding what to eat*”²⁹⁷⁰. On estime par ailleurs que toutes les options procédurales visant à sauvegarder la compétition doivent être utilisées tout comme doivent être associés au processus de conception du projet les organisations locales, les usagers futurs ainsi que toutes les parties prenantes²⁹⁷¹. Une telle association permet la prise en compte des divers intérêts en présence et leur intégration dans le projet à travers les cadres techniques informels (ou non) et institutionnels existants²⁹⁷².

1152. Au niveau des rapports entre le concessionnaire et ses cocontractants (ses fournisseurs par exemple), la compétition présente également de nombreuses vertus. Ainsi par

²⁹⁶⁴ En ce sens Cf. X. Q. Zhang, M. M. Kumaraswamy, W. Zheng and E. Palaneeswaran, “Concessionaire selection for Build-Operate-Transfer tunnel projects in Hong Kong”, in *Journal of Construction engineering and Management*, 2002, p. 156 ; *adde* pour un commentaire de la genèse et de l'évolution de ce procédé en droit européen: H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 612-613 ; P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 623.

²⁹⁶⁵ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 246-247 ; *adde* dans le même sens H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 610 où selon l'auteur, les questions juridiques et financières seraient plus importantes que les problèmes techniques pour structurer un projet de concession/BOT.

²⁹⁶⁶ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 13-14. Sur un total de 895 projets attribués en Amérique latine et dans les Caraïbes entre 1985-2000, dont 696 par la voie compétitive et 199 par une offre de gré à gré ou par négociations bilatérales, l'auteur constate que seulement 8% des projets attribués de gré à gré ont fait l'objet de renégociation contre 46% pour ceux des projets attribués par la voie compétitive.

²⁹⁶⁷ Ibid. p. 14.

²⁹⁶⁸ Cf. Don Wallace Jr., “Creating law in changing societies: The case of law for privately financed infrastructure projects”, op. cit., p. 834.

²⁹⁶⁹ On a relevé que la complexité et l'incertitude justifieraient le recours à la procédure négociée : Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 614.

²⁹⁷⁰ Don Wallace Jr., “Creating law in changing societies: The case of law for privately financed infrastructure projects”, op. cit., p. 834.

²⁹⁷¹ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, “Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability”, op. cit., p. 291.

²⁹⁷² Ibid. ainsi que toutes les références citées.

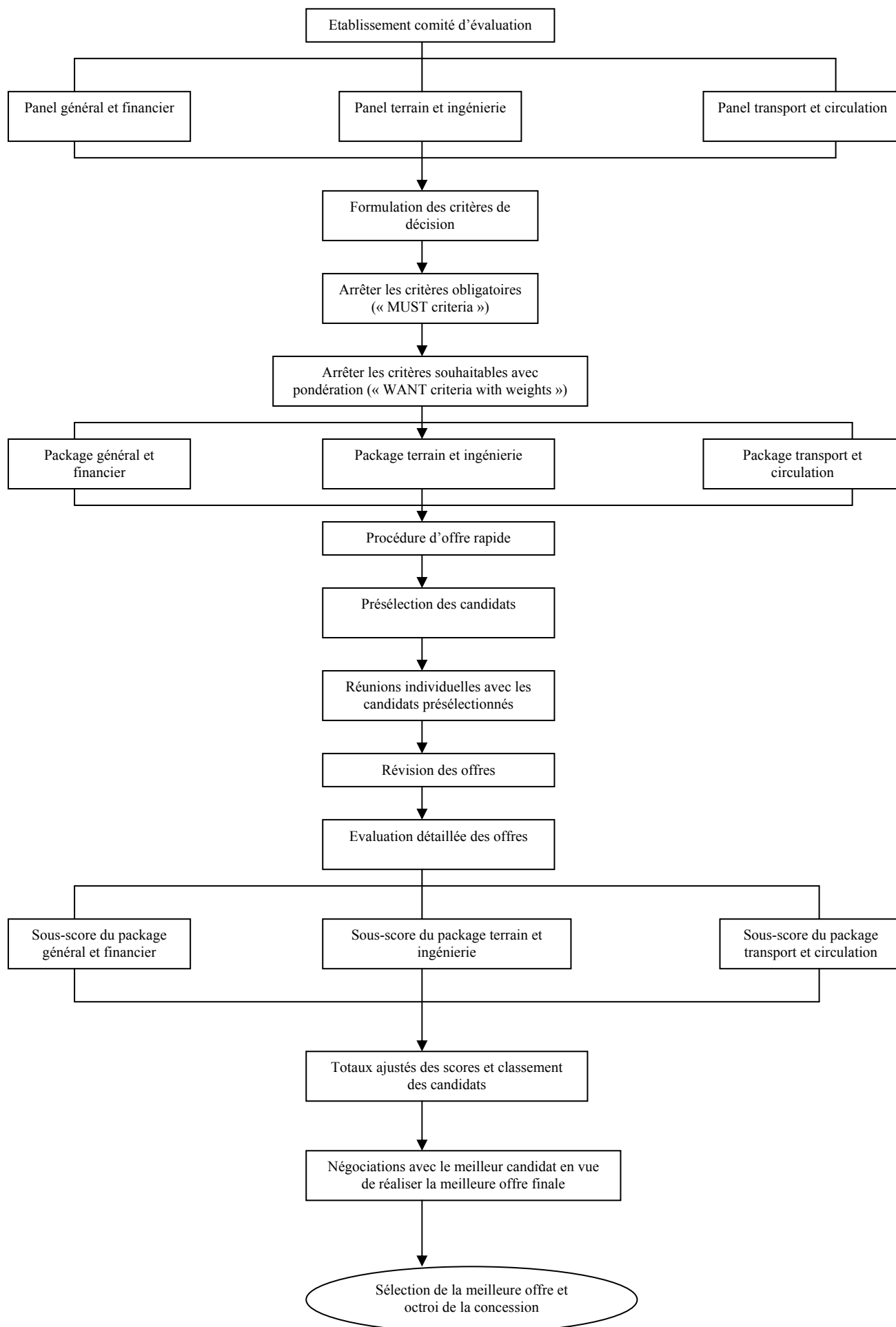
exemple, permettrait-elle une réduction des coûts d'équipements nécessaires au projet. Une illustration en est donnée par la mise en concurrence internationale pour la fourniture du système de monitoring d'un des tunnels du projet de construction des tunnels Yan'an Donglu en Chine. En effet, alors que ce système avait été estimé à 30 millions de RMB (Yuan), une mise en concurrence internationale a permis d'importer d'Allemagne et de Singapour un système vraisemblablement meilleur pour environ 20 millions de RMB²⁹⁷³.

- 1153.** Sur le plan des principes, le schéma ci-dessous illustre la procédure spécifique de sélection du concessionnaire généralement recommandée²⁹⁷⁴. Il s'inspire du modèle mis en œuvre par le gouvernement de Hong Kong dans différents projets de construction de tunnels. Ce modèle paraît également avoir été utilisé dans un projet d'adduction d'eau à Sydney en Australie²⁹⁷⁵.

²⁹⁷³ Cf. W. R. Zhang, S. Qing Wang, R.L.K. Tiong, S. Kiong Ting & D. Ashley, « Risk management of Shanghai's privately-financed Yan'an Donglu tunnels », op. cit., p. 407.

²⁹⁷⁴ Cf. notamment Don Wallace Jr., « Creating law in changing societies: The case of law for privately financed infrastructure projects », op. cit., p. 834: « *For if a government has a proper law and procedure in place, there will be preparation of solicitation documents, possible clarification of them, submission of proposals, comparison of proposals, evaluation, selection (and then possibly some negotiation with the 'preferred' proposer) – hardly a mere negotiation, and certainly not with just one would-be concessionaire* ».

²⁹⁷⁵ Cf. Johnstone and Wood (2001) cités par Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, « Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability », op. cit., p. 291 qui résument la procédure comme suit: « *First selecting a preferred bidder and then allowing negotiation on the technical and financial requirements of the projects* ».



Source : X. Q. Zhang, M. M. Kumaraswamy, W. Zheng and E. Palaneeswaran, “Concessionaire selection for Build-Operate-Transfer tunnel projects in Hong Kong”, in *Journal of Construction engineering and Management*, 2002, p. 162.

1154. L’avantage d’une telle procédure est qu’elle permettrait de lutter efficacement contre la corruption, laquelle sévit particulièrement au moment de l’attribution du projet aux candidats concessionnaires²⁹⁷⁶. Selon MM. X. Q. Zhang, M. M. Kumaraswamy, W. Zheng et E. Palaneeswaran en effet, – et c’est fondamental de le souligner – “*The whole process is carried out in confidence. The government does not provide assessment results or reasons in support of its assessments to any tenderer or third party. In addition, the whole process is monitored by the Independent Commission Against Corruption (ICAC), which has played a major role over many years in minimizing corruption levels in Hong Kong*”²⁹⁷⁷. En ce qui concerne la corruption²⁹⁷⁸ justement, tout en admettant que celle-ci n’est pas un problème purement juridique²⁹⁷⁹ exigeant des solutions purement juridiques, une des meilleures stratégies pour lutter contre ce fléau se trouve malgré tout dans la création d’un cadre institutionnel et réglementaire clair et performant²⁹⁸⁰, y compris par conséquent des procédures rigoureuses d’attribution des projets aux candidats concessionnaires. Une étude tend en effet à démontrer qu’un environnement trop risqué – et partant l’aversion du risque – favoriserait les pratiques de corruption, même si de telles pratiques génèrent à leur tour des effets incertains pour les entreprises qui s’y livrent²⁹⁸¹. En tout état de cause, la lutte contre la corruption devrait également être renforcée par une admission restrictive et une réglementation stricte des offres spontanées ou projets d’initiative privée.

B- Admission restrictive et rigoureusement encadrée des offres spontanées ou projets d’initiative privée

1155. Historiquement, la majeure partie des ouvrages et services publics semble avoir été créés, dans plusieurs pays européens notamment, à l’initiative des particuliers²⁹⁸². De telles initiatives ont paru à un moment révolu en raison, d’une part, d’un grand développement de divers infrastructures et services publics et, d’autre part, de leur

²⁹⁷⁶ La commande publique est considérée comme l’un des principaux vecteurs de la corruption : Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 230.

²⁹⁷⁷ Ibid. p. 161 (C’est nous qui soulignons).

²⁹⁷⁸ Pour rappel la corruption est une infraction qui peut être définie comme le fait de solliciter et d’obtenir, moyennant rétribution directe ou indirecte, un avantage indu de la part d’une autorité publique : Cf. F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 122.

²⁹⁷⁹ Pour une analyse socio-économique de ce phénomène Cf. A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 275-278. L’auteur relève notamment (p. 278) que : “*For a fuller understanding of the challenge of corruption, we have to drop the presumption that only personal profits move people, and values and norms simply do not count*”.

²⁹⁸⁰ Cf. en ce sens Jeswald W. Salacuse, “Direct foreign investment and the law in developing countries”, op. cit., p. 658. Comp. cependant avec F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 122 où ces auteurs indiquent qu’il arrive que le phénomène de corruption prenne une telle ampleur que l’on ne peut plus l’étudier seulement au titre d’un dysfonctionnement du système.

²⁹⁸¹ T. Sereide, “Too risk averse to stay honest ? Business corruption, uncertainty and attitudes toward risk”, in *International Review of Law and Economics*, vol. 29, 2009, p. 388 et s. Pour l’auteur en substance, “*Risk aversion can actually strengthen the propensity to offer bribes*”; adde pour une analyse économique de la corruption: A. Shleifer and R. W. Vishny, *The grabbing hand. Government pathologies and their cures*, op. cit., p. 91-108. En substance pour ces auteurs, la compétition économique et politique peut réduire de le niveau de la corruption ainsi que ses effets pervers.

²⁹⁸² En ce sens Cf. P. Cossalter, *Les délégations d’activités publiques dans l’Union européenne*, op. cit., p. 638 ainsi que la référence à X. Bezaçon citée.

contradiction flagrante avec les procédures de mise en concurrence des concessions édictées ça et là²⁹⁸³. Elles ont néanmoins connu une certaine résurgence car étant censées répondre aux besoins des pays en développement²⁹⁸⁴. Or, on a dénombré six sources contemporaines au modèle d'initiatives privées soit le droit espagnol, le droit italien, les guides législatifs de l'ONUDI et de la CNUDCI, des modèles variables en Asie et surtout en Amérique latine et enfin le droit dérivé de l'Union européenne²⁹⁸⁵. Cette résurgence de projets d'initiative privée s'expliquerait aussi par le fait qu'ils favoriseraient le développement, l'esprit d'entreprise et l'innovation²⁹⁸⁶.

1156. Les projets d'initiative privée sont toutefois jugés en partie illégaux par rapport au droit européen²⁹⁸⁷ et recèleraient de graves inconvénients pour les pays en développement. Dans ces derniers pays, ils peuvent en effet être source de corruption ou conduire à réaliser des projets inutiles au développement. Il s'avère donc impératif non seulement de les encadrer strictement, mais également de ne les admettre que de manière restrictive. Ainsi par exemple, l'ONUDI tout comme la CNUDCI suggèrent que les offres spontanées soient auditées à la lumière de l'intérêt public et qu'elles rentrent, dans toute la mesure du possible, dans le cadre de procédures transparentes²⁹⁸⁸.

1157. Toutefois, de l'avis de M. Cossalter qui se réfère notamment au guide législatif de l'ONUDI, proposer que ne soient examinés que les seuls projets entrant dans le cadre de la planification des investissements de l'Etat hôte constitue une solution étrange et qui inverse la logique des choses car une telle manière de procéder ouvre à l'initiative des entrepreneurs privés la présentation de propositions de concessions portant sur des ouvrages ou des services déjà prévus par les pouvoirs publics²⁹⁸⁹. La CNUDCI propose quant à elle un encadrement plus strict des projets d'initiative privée et suggère que de tels projets ne soient attribués qu'à la suite d'une procédure concurrentielle, incluant une déclaration d'intérêt public, le dépôt d'une proposition formelle et la mise en œuvre d'une procédure de sélection publique. D'un autre côté, on relève que l'encadrement strict de projets d'initiative privée doit être contrebalancé par la mise en œuvre de mesures de sauvegarde effective des droits de l'entreprise initiatrice, notamment dans les hypothèses de présence de droits de propriété industrielle ou intellectuelle²⁹⁹⁰.

1158. En définitive, les projets BOT d'initiative privée en ce qu'ils lancent un double défi – d'une part il faut identifier et éventuellement « imposer » une telle initiative au partenaire public et, d'autre part, il faut protéger la même initiative de l'accaparement par les pouvoirs publics et les entreprises concurrentes – à la légitimité de la finalité de tels projets nous paraissent devoir être restrictivement admis et strictement encadrés, le cas

²⁹⁸³ Sur les réticences des pays industrialisés à admettre ce type d'initiatives, Cf. H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 614-615.

²⁹⁸⁴ Ibid. p. 614.

²⁹⁸⁵ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 639 et toutes les nombreuses références citées.

²⁹⁸⁶ H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 615-616 ; *adde* : P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 646.

²⁹⁸⁷ Sur l'analyse d'une telle illégalité partielle, Cf. P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 647-652.

²⁹⁸⁸ Cf. en ce sens H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 616-617.

²⁹⁸⁹ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 643.

²⁹⁹⁰ En ce sens et pour la présentation d'exemples de réglementations admettant les offres spontanées et la protection des droits de leurs auteurs, Cf. H. Lesguillons, « Procédures de sélection d'une « société de projet », op. cit., p. 619-621.

échéant. C'est à ces seules conditions que l'on pourra permettre le jeu efficace des mécanismes de « contrôlabilité » inhérents aux opérations BOT.

Sous-section 2 : La « contrôlabilité » intrinsèque à l'opération BOT

1159. La « contrôlabilité » intrinsèque à l'opération de BOT s'entend des mécanismes propres au BOT tendant à définir les moyens d'atteindre la finalité de l'opération ainsi que d'en attester. De tels mécanismes reposent essentiellement sur les études préalables de faisabilité (I) ainsi que sur la combinaison incitation-surveillance à partir du moment où le projet est mis en œuvre (II).

I- Les études préalables de faisabilité : obligation de justifier positivement le recours au BOT

1160. A l'instar de l'aspect procédural de l'intérêt général, les études préalables de faisabilité impliquent que le BOT soit mis en œuvre à travers un processus fait de débats et de confrontations publiques, d'expertises et de contre-expertises ainsi que d'itérations de toutes sortes. Seules de telles études préalables permettent d'éventuellement démontrer une utilité et une certaine rentabilité du projet et, partant, une légitimité quant au recours au BOT pour la réalisation dudit projet. Comme certains auteurs l'ont souligné en effet, *“The core issue for agenda setting - [agenda setting refers to a process during which the values and preferences of stakeholders are manifested, contrasted, and compromised] - is to use care in making sure a particular service is appropriate to contract out at a particular time”*²⁹⁹¹.

1161. Les études préalables de faisabilité sont d'autant plus importantes qu'il apparaît que l'une des leçons tirées des conflits d'aménagement est que la référence à l'intérêt général, consacrée par la déclaration d'utilité publique, est devenue un mode de justification de l'action publique contestable²⁹⁹² et même, selon nous, contestée. Selon Mme Sandrine Rui, non seulement l'invocation de l'intérêt général ne suffit plus à faire accepter le sacrifice de certains pour le bonheur commun – ce qui, selon l'auteur, révèle la révolte des riverains face à l'implantation des projets – mais elle n'est également plus capable de produire plus largement l'acceptabilité sociale des projets²⁹⁹³. Par conséquent, pour que la définition de l'intérêt général soit acceptable et pour que ceux qui s'en réclament soient « crus », ses modalités de production doivent être connues et reconnues²⁹⁹⁴ et les gestionnaires publics doivent faire preuve de leadership stratégique, d'un sens élevé de résolution de conflits ainsi que de capacités de gestion collaborative²⁹⁹⁵.

1162. Bien plus, la société tend à ne plus se satisfaire de la conjonction inévitable entre l'intérêt général et l'action des dirigeants dans la mesure où il faut représenter cette action,

²⁹⁹¹ K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, op. cit., p. 683. Pour ces auteurs : *“Public managers may be most concerned with cost savings and efficiency gains, while elected officials may be interested in cost savings, political accountability, and lean government, and customers and interest groups may pay more attention to equality and quality of treatment”*.

²⁹⁹² S. Rui, *La démocratie en débat. Les citoyens face à l'action publique*, Paris, Armand Colin/SEJER, 2004, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 48.

²⁹⁹³ Ibid.

²⁹⁹⁴ Ibid. p. 50 (c'est l'auteur qui souligne).

²⁹⁹⁵ Cf. en ce sens K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, op. cit., p. 683.

par une mise en scène, et obtenir l'adhésion des membres en leur donnant un rôle actif dans l'élaboration des décisions²⁹⁹⁶. Dès lors, la personne publique n'est plus assurée de plein droit de la légitimité : « Celle-ci ne lui est pas acquise d'avance mais doit être conquise ; elle dépend de la démonstration sans cesse réitérée du bien-fondé des opérations engagées et de la qualité des méthodes de gestion utilisées »²⁹⁹⁷. L'apport des études préalables de faisabilité est en ce sens consubstantiel à la réalisation d'opérations BOT. Paraît également consubstantielle à cette opération, la combinaison entre l'incitation et la surveillance des partenaires aux fins d'assurer une coopération effective, laquelle permet d'identifier avec précision les niveaux de responsabilité et d'éventuellement encourager ou sanctionner.

II- La combinaison incitation-surveillance : possibilité d'identifier précisément les niveaux de responsabilités et d'encourager ou sanctionner

1163. La combinaison incitation-surveillance qu'offre le BOT se traduit principalement dans la structuration du projet telle que nous l'avons examinée. Ainsi par exemple, le recours à une société du projet permet d'isoler une infrastructure ainsi que le cash flow qui en émane. On considère qu'une telle structuration est en parfaite adéquation avec les principes fondamentaux de l'économie des projets d'infrastructures et contribue ainsi à en renforcer la « contrôlabilité »²⁹⁹⁸. Plus généralement, M. Hugh Collins affirme que *“The simple idea behind government by contract is that formal agreement render explicit the required performance standards and the acceptable level of costs, so that performance can be monitored, and those responsible for default can be held accountable”*²⁹⁹⁹. Une telle combinaison entre incitation et surveillance des partenaires même si elle présente des limites (A), n'en est pas moins essentielle pour la réussite du projet BOT (B).

A- Les limites du système incitation-surveillance : coûts et rigidités éventuels

1164. Certaines critiques, parfois justifiées, ont été adressées à l'encontre du système incitation-surveillance sur lequel est fondé le BOT. Pour certains auteurs en effet, les méthodes de contrôle externe tirées des enseignements de la littérature économique – notamment de la théorie de l'agence et de l'économie des coûts de transaction – et mises en œuvre dans le cadre du BOT peuvent donner l'apparence de créer une « contrôlabilité » de l'opération alors que dans la réalité elles n'ont qu'un effet symbolique et peuvent conduire à la tromperie et à l'exploitation notamment par un recours à des documents faux ou irréguliers³⁰⁰⁰. Pour d'autres auteurs, le système incitation-surveillance peut déboucher sur une ironie : les réglementations, régulations et contrôles tendent en effet à réduire la flexibilité, l'autonomie et une certaine « discrétion » nécessaire aux partenaires,

²⁹⁹⁶ En ce sens Cf. J. Chevallier, *Eléments d'analyse politique*, Paris, PUF, 1985, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 54.

²⁹⁹⁷ J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 94.

²⁹⁹⁸ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships versus public provision”, op. cit., p. 65: “Contrary to public provision, a PPP isolates the infrastructure and its cash flow by creating a special purpose vehicle (SPV). This organizational form conforms well to the basic economics of infrastructure projects and contributes to better accountability”.

²⁹⁹⁹ H. Collins, *Regulating contracts*, op. cit., p. 303.

³⁰⁰⁰ Cf. Johnstone and Romzek (1999) et Dicke (2002) cités par K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, op. cit., p. 685.

affaiblissant les caractéristiques mêmes qui ont motivé le recours à une solution alternative³⁰⁰¹.

1165. D'un autre côté, les évaluations et le monitoring ne sont pas sans coûts. Certaines études ont démontré que les coûts du monitoring s'élèvent parfois à 20% du coût total d'une opération³⁰⁰². De plus, l'accroissement des évaluations et du monitoring entraîne non seulement une augmentation des coûts, mais également cette fâcheuse conséquence que le projet prend une tournure « policière », certains partenaires gaspillant dans la surveillance l'énergie qui aurait pu servir à améliorer la gestion du projet ou innover³⁰⁰³. Cette problématique des coûts s'étend à la question de la régulation de manière générale, celle-ci étant souvent susceptible de générer des coûts sans commune mesure avec les résultats obtenus³⁰⁰⁴.

1166. La conclusion est alors que si les instances publiques doivent investir beaucoup de temps et d'énergie dans l'opération, il paraît douteux que le BOT soit dès le départ une alternative crédible pour les projets publics. La réalité est toutefois beaucoup plus nuancée telle que le suggèrent notamment certaines études empiriques, lesquelles démontrent que le système incitation-surveillance sert l'effectivité du projet BOT.

B- Un système utile et nécessaire à l'effectivité du BOT : quelques illustrations empiriques

1167. La mise en œuvre d'un projet BOT suppose un certain temps d'apprentissage pour les partenaires, l'apprentissage entraînant en soi un processus d'essais et d'erreurs. Le but du système d'incitation et de surveillance est alors de réduire les erreurs au strict minimum voire de les supprimer, tout en encourageant la performance et l'innovation. Certains auteurs ajoutent par ailleurs que même si renforcer les capacités de veiller à l'exécution du contrat s'avère coûteux, une telle stratégie aurait de grands bénéfices sur la durée de sorte qu'il faille adopter une perspective de long terme pour toute externalisation³⁰⁰⁵. Bien plus, on a affirmé à juste titre qu'« *Il n'y a pas plus d'Etat sans coût d'administration que de marché sans coût de transaction* »³⁰⁰⁶.

1168. S'appuyant sur l'expérience de projets BOT réalisés aux philippines, M. Adora Navarro affirme qu'une des sources de l'aléa moral dans le cadre de tels projets résulte de l'asymétrie d'information liée à un monitoring inadéquat : les sociétés du projet seraient ainsi tentées de prendre des risques excessifs notamment par un abus de l'effet de levier financier³⁰⁰⁷. Par ailleurs, dans le cadre de la réalisation d'un projet BOT de train à grande vitesse à Taïwan (« Taiwan North-South High-Speed Rail Project »), un double

³⁰⁰¹ Smith and Lipsky (1993) cités par K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 685-686.

³⁰⁰² Pack (1989) et Prager (1994) cités par K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 686.

³⁰⁰³ Cooper (2003, 104) cité par K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 686.

³⁰⁰⁴ D. Lorrain, "Ten years of public utility reforms : 7 lessons (From privatization to public-private partnership)", op. cit., p. 37.

³⁰⁰⁵ En ce sens Cf. K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 692.

³⁰⁰⁶ A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 199.

³⁰⁰⁷ Cf. en ce sens A. Navarro, "Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges", op. cit., p. 55.

mécanisme d'évaluation et de monitoring fut mis en place, lequel assura son succès au projet³⁰⁰⁸. Ainsi d'une part, pour s'assurer du respect des standards de qualité des conception et construction des travaux ainsi que pour garantir la crédibilité de l'ensemble du système de qualité, un système indépendant d'audit de qualité fut mis en place qui comprenait : un ingénieur indépendant chargé du contrôle de la conception et un ingénieur indépendant chargé du contrôle du site. D'autre part, fut également mis sur pied une agence indépendante d'audit chargé de la vérification et de la validation de tous les aspects du projet aux fins de s'assurer du respect des normes de sécurité et de l'opérabilité de l'infrastructure.

1169. Sur la base de ces quelques exemples, il résulte que la combinaison entre incitation et surveillance, malgré les coûts qu'elle entraîne, participe de l'essence même du BOT et contribue à en faire un véritable outil de « contrôlabilité ». Une telle « contrôlabilité » permet non seulement d'asseoir entre partenaires une coopération effective et pérenne, mais également de renforcer la légitimité du projet vis-à-vis de toutes les autres parties prenantes, et notamment les usagers ou populations au profit desquels les biens ou services sont en fin de compte destinés. C'est notamment pour satisfaire en toutes circonstances ces derniers que l'acte fondateur du BOT garde une texture ouverte, caractéristique de sa nature de contrat incomplet, laquelle induit par là même une coopération active entre partenaires.

³⁰⁰⁸ Cf. Nita Ing, "The implementation of the Taiwan high-speed rail project as a private sector venture: opportunity and challenges", in *Leadership and Management in Engineering*, July 2001, p. 34.

CHAPITRE 2 : LA NATURE DE CONTRAT INCOMPLET DE L'ACTE FONDATEUR DU BOT INDUIT UNE COOPÉRATION ACTIVE ENTRE PARTENAIRES

"Contracts are always more than the contract document"

S. Macaulay, "The real deal and the paper deal: Empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 1, 2003, p. 45.

1170. Inscrite par essence dans la durée, l'opération de BOT, et plus précisément le contrat qui lui donne naissance, semble *a priori* relever de la catégorie des contrats dits relationnels. En effet, le contrat relationnel est un contrat de longue durée³⁰⁰⁹ qui serait tourné vers la coopération ou la solidarité entre les parties, celles-ci acceptant dès le départ le partage des risques et accordant plus d'importance au rapport de longue durée qu'à leurs obligations dont le contenu ne peut par ailleurs être complètement précisé à l'avance³⁰¹⁰.

1171. La théorie des contrats relationnels a été principalement développée par le professeur américain Ian R. Macneil, en réaction au modèle dominant de la théorie du contrat développé par la jurisprudence et la doctrine américaines au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle³⁰¹¹. Le modèle ainsi critiqué est qualifié par le Professeur Macneil de théorie classique et néo-classique, laquelle prendrait pour paradigme l'accord « discret »³⁰¹². Cet auteur oppose alors les « contrats relationnels » aux « transactions discrètes », ces dernières correspondant à un pur échange de biens entre des parties qui ne se connaissent pas et n'ont pas à se connaître³⁰¹³. De telles transactions discrètes comprendraient deux caractéristiques essentielles (deux « norms » selon l'expression de M. Macneil)³⁰¹⁴ : la « discreteness » et la « presentation ». Le caractère « discret » du contrat traduit son aspect parfaitement ponctuel et délimité tandis que la « présentation » tend à rendre

³⁰⁰⁹ Sur la notion de « contrat à long terme » Cf. J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 234-236. Pour cet auteur cette notion relèverait de catégories plus sociologiques que juridiques.

³⁰¹⁰ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 418 ainsi que toutes les références citées ; *adde* pour un rapprochement entre contrats de longue durée et contrats relationnels : M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 684-686.

³⁰¹¹ Cf. pour l'ouvrage fondateur de la théorie : Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980 déjà cité.

³⁰¹² Pour Mme Muir Watt, ce modèle représente l'état du droit des contrats issu du libéralisme, tempéré ou non par le développement d'un ordre public social et économique. L'auteur précise que pour les besoins de cette qualification, il n'y a pas lieu de distinguer les systèmes de *Common law* de la famille de droit civil : H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, Actes du colloques organisés par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Tome IV/Nantes-1999, Paris, LGDJ, 2000, p. 170, préc. note 4.

³⁰¹³ Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, op. cit., p. 10. Toutefois, l'auteur y précise que : "(...) every contract, even such a theoretical transaction, involves relations apart from exchange of goods itself. Thus every contract is necessarily partially a relational contract, that is, one involving relations other than discrete exchange".

³⁰¹⁴ Les « norms » selon M. Macneil doivent en effet être entendues non seulement comme des caractéristiques descriptives, mais également comme des orientations normatives : Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, op. cit., p. 38 : "(...) the term is used here, except where indicated, to connote both actual behavior and principles of right action".

présents (actuels) tous les éléments de l'avenir contractuel afin qu'ils soient maîtrisés dès la conclusion du contrat.

1172. Le Professeur Macneil s'oppose au modèle des transactions discrètes et conteste notamment le bien-fondé d'une réduction du phénomène contractuel audit modèle³⁰¹⁵. Pour cet auteur, les hommes ont recours au contrat pour réaliser des projets qui ne peuvent s'insérer dans les cadres étroits du schéma classique des transactions discrètes, ce d'autant plus que dans une perspective historique et anthropologique, le contrat est d'abord relationnel dès lors qu'il se définit comme une modalité contraignante de réalisation des échanges entre les hommes³⁰¹⁶. A la différence des transactions discrètes, les contrats relationnels se traduisent par deux exigences spécifiques : d'une part, les parties doivent préserver leur relation car celle-ci possède une valeur intrinsèque et, d'autre part, les parties ont l'obligation d'ajuster leurs prestations de manière à ce que la relation contractuelle soit aussi satisfaisante que possible. A cette double exigence spécifique s'ajoute les normes partagées par tous les contrats mais, en cas de conflit entre les normes ordinaires du contrat et ces exigences, le Professeur Macneil estime que ce sont ces exigences spécifiques qui doivent prévaloir³⁰¹⁷. Pour cet auteur en définitive, la spécificité des contrats relationnels doit être reconnue et un régime juridique adapté doit leur être appliqué.

1173. La théorie du contrat relationnel ainsi présentée apparaît séduisante comme cadre d'analyse du contrat de BOT, lequel nous semble en reprendre d'importants traits. Toutefois, cette théorie n'est pas exempte de défauts, relevés par ailleurs par la critique, de sorte qu'elle ne peut être que partiellement retenue comme cadre de référence pour l'examen du contrat de BOT. En effet, on tout a d'abord relevé que l'approche du Professeur Macneil est une approche non juridique du phénomène contractuel³⁰¹⁸ et contient une large part de sociologisme, ce qui en ferait sa principale faiblesse³⁰¹⁹. Ensuite, certains auteurs estiment que la dimension relationnelle est consubstantielle à tout contrat de sorte que l'échange « purement » discret n'existerait pas³⁰²⁰. Pour Mme Muir

³⁰¹⁵ Pour M. Macneil toutefois, sa théorie n'est qu'une des nombreuses théories possibles des contrats relationnels. Ainsi, pour éviter toute confusion, il a du la renommer la théorie des « contrats essentiels »: Cf. Ian R. Macneil, « Reflections on Relational contract theory after neo-classical seminar », in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract - Discrete, relational and network contracts*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2003, p. 207 préc. note 1 où l'auteur affirme que: « *In the 1970s I developed a description of contract behaviour and norms which came to be called relational contract theory, although it is but one of countless possible relational contract theories* : IR Macneil, *The relational theory of contract* (London, Sweet & Maxwell, 2001). *To avoid confusion, I belatedly renamed my own work essential contract theory*: IR Macneil, « *Relational contract theory: Challenges and queries* » (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 877 ».

³⁰¹⁶ La définition que donne Macneil du contrat est en effet celle-ci : « *By contract I mean no more and no less than the relations among parties to the process of projecting exchange into the future* » : Ian R. Macneil, *The new social contract - An inquiry into modern contractual relations*, op. cit., p. 4.

³⁰¹⁷ Ian R. Macneil, « Values in contract: internal and external », in *Northwestern Law Review*, 1983, p. 363.

³⁰¹⁸ M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit. p. 687.

³⁰¹⁹ H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », in *RIDE*, 2001/3, p. 349 préc. note 39 : « (...) *en faisant une théorie du contract-in-fact plutôt que du contract-in-law, il [Macneil] prend le risque de ne plus faire de différence entre une situation contractuelle et une situation sociale ordinaire* ». Contra cependant Ian R. Macneil, « Reflections on Relational contract theory after neo-classical seminar », in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract - Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 208 et 217: « *Essential contract theory, one of the countless possible relational theories of contract, is a neutral analytical tool, not oriented towards particular social views* ».

³⁰²⁰ Cf. en ce sens D. Campbell, « The social theory of relational contract: Macneil as the modern Proudhon », in *International Journal of the Sociology of Law* 1990, p. 82 et s.; S. C. Hackett, « Is relational exchange possible in

Watt en conséquence, « (...) *La dimension relationnelle se faisant incontestablement sentir dans toutes sortes de contrat, sans que l'on puisse proposer de celle-ci un critère juridique opérationnel, il faut renoncer à définir un régime dérogatoire, propre à certains contrats. C'est un jugement sur le droit des contrats dans son ensemble qui doit être porté* »³⁰²¹. Plus profondément, se situant à certains égards aux antipodes de l'approche *law and economics*³⁰²², la théorie du contrat relationnel ne nous semble pas prendre en compte un certain nombre d'éléments, tirés de l'analyse économique, utiles voire nécessaires³⁰²³ à une meilleure compréhension du concept de BOT. Ainsi par exemple le fait que le contrat relationnel, considéré comme par nature « imprécis », ne puisse assurer une répartition précise des risques³⁰²⁴.

1174. De ce qui précède, la théorie de l'incomplétude contractuelle, en ce qu'elle s'est enrichie des apports des théories économiques « néoclassique » et (néo)institutionnaliste ainsi que de la contribution de la théorie relationnelle, nous paraît plus appropriée comme cadre d'analyse de l'opération BOT et singulièrement du contrat qui en est le support premier, c'est-à-dire le contrat de BOT. Sous ce prisme, nous verrons que le contrat de BOT est un contrat fondamentalement incomplet (section 1), d'où la question des ajustements en cours d'opération (section 2). La possibilité de réaliser de tels ajustements peut cependant être source de comportements opportunistes ou stratégiques de la part des partenaires, de tels comportements devant par ailleurs être rigoureusement combattus (section 3). L'ensemble des questions précédentes postule la conclusion selon laquelle seule une coopération active et franche entre partenaires est à même de garantir le succès de tout projet BOT (section 4).

SECTION I : LE CONTRAT DE BOT EST UN CONTRAT FONDAMENTALEMENT INCOMPLET

1175. Postuler que le contrat de BOT est un contrat fondamentalement incomplet impose que l'on sache au préalable ce que recouvre la notion d'incomplétude contractuelle (sous-

the absence of reputation and repeated contract », in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 1994, p. 360 cités par H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 172 (l'expression purement est soulignée par l'auteur).

³⁰²¹ H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 176 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte). Pour cet auteur, sur le double terrain de la définition et du régime du contrat relationnel, la beauté du concept n'empêcherait pas d'éprouver un certain scepticisme empirique (p. 173) ; *adde* M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit. p. 687-688 où l'auteur affirme que le meilleur moyen de prendre en compte les particularités du contrat à long terme, de même que les enseignements de l'approche relationnelle, se trouve non dans la construction d'un régime spécifique mais dans l'injection de la flexibilité nécessaire dans le droit commun des contrats.

³⁰²² Cf. en ce sens H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 346, préc. note 26 ; *adde* : H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 172 préc. note 7 ainsi que les références y citées. La théorie relationnelle a toutefois le mérite de nous faire prendre conscience de la dimension sociale (solidarité/réciprocité) inhérente à presque tous les rapports d'échange, notamment économiques. Ainsi Macneil déclare : "*The constant conflict between utility maximizer and the solidarity enhancer in each person always creates two-dimensional social relations. Any single-dimension model can have no legitimate claims to social completeness*" : Ian R. Macneil, "Exchange revisited: Individual utility and social solidarity", in *Ethics*, vol. 96, n° 3, 1986, p. 589.

³⁰²³ *Contra* : Macneil pour qui « Law and Economics » ainsi que la théorie classique du contrat sont des structures intellectuelles complètes et fermées qui n'offrent aucune ouverture sur d'autres mondes : Ian R. Macneil, « Reflections on Relational contract theory after neo-classical seminar », in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 210.

³⁰²⁴ Cf. en ce sens S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", op. cit., p. 65.

section 1) afin d'en apprécier les manifestations, le degré ou l'intensité dans le cadre du BOT (sous-section 2).

Sous-section 1 : La notion d'incomplétude contractuelle

1176. Un point de départ pour appréhender la notion d'incomplétude contractuelle consiste à opposer cette dernière au concept de « contrat parfait »³⁰²⁵ (« complete contract ») développé par la théorie économique. Partant de l'hypothèse dans laquelle les parties sont parfaitement informées et agissent rationnellement, un « contrat parfait » est un contrat dans lequel celles-ci prévoient une solution pour toute éventualité susceptible de se produire en cours d'exécution³⁰²⁶. Ceci implique un niveau de détail très poussé. Or, la spécification « complète » du contrat, outre qu'elle entraîne un coût, n'apparaît pas toujours possible voire même souhaitable. Il en résulte en conséquence que « les contrats sont inéluctablement incomplets »³⁰²⁷.

1177. Cette notion d'incomplétude intensément analysée aux Etats-Unis³⁰²⁸ n'est cependant pas sans ambiguïté, notamment pour les juristes. M. Thierry Kirat relève ainsi par exemple que certains juristes estiment que l'incomplétude, et son double qu'est la complétude, sont des notions qui posent davantage de difficultés qu'elles ne permettent d'en résoudre³⁰²⁹. Comme pour conforter cette opinion, M. Hugh Collins affirme que trois conceptions radicalement différentes de l'incomplétude contractuelle doivent être distinguées³⁰³⁰ : tout d'abord, une première conception postule les limites de l'esprit humain à anticiper l'avenir de sorte que toutes les éventualités possibles ne peuvent être envisagées ; ensuite, une deuxième conception se rapporte aux événements prévisibles mais dont on ne peut prédire avec précisions les suites ; enfin, la troisième approche se rapporte à une incomplétude liée à la conception du contrat, notamment lorsque les parties souhaitent assurer une certaine flexibilité ou préserver un certain « pouvoir discrétionnaire » dans leurs rapports³⁰³¹. De ce qui précède, il faut se rendre à l'évidence

³⁰²⁵ Comp. avec la notion juridique de contrat « parfait » telle que présentée par M. Frydman, laquelle signifie, selon ce dernier, que la convention se forme par la seule « rencontre des consentements » : B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 150.

³⁰²⁶ Cf. en ce sens E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 377 ainsi que toutes les références citées par ces auteurs. Ceux-ci précisent néanmoins que le contrat parfait n'est pas une description de la réalité mais, constitue une vue de l'esprit servant, en « dégradé », à imaginer comment les parties auraient contracté si elles avaient pris la peine d'explicitier leur entente.

³⁰²⁷ Ibid. p. 376. Ces auteurs précisent par ailleurs (p. 378) que les instruments juridiques sont eux-mêmes nécessairement incomplets car, si la formulation de règles par le législateur ou le juge peut y suppléer, en raison des rendements d'échelle disponibles pour ces institutions, ceux-ci connaissent également des limites. A titre d'illustration, ces auteurs relèvent qu'un Code civil infiniment détaillé sera en fait impraticable, même à titre de droit supplétif.

³⁰²⁸ Pour une bonne synthèse des enjeux du débat, des évolutions et positionnements sur la question aux Etats-Unis, Cf. Juliet P. Kostritsky « Symposium Incomplete contracts : judicial responses, transactional planning, and litigation strategies – Introduction », in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, 2005, p. 135-149.

³⁰²⁹ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », in *RIDE* n° 1, 2003, p. 18 ainsi que les références à G. Cohen et H. Muir Watt citées ; *adde* : E. Putman, « L'introuvable contrat complet », in *RRJ* 2008-5, n° spécial consacré à *L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, p. 2479.

³⁰³⁰ H. Collins, *Regulating contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 160. L'auteur analyse par la suite de manière détaillée les implications de chacune de ces distinctions (Cf. p. 160-173).

³⁰³¹ “We should distinguish, however, between three radically different conceptions of incompleteness in contracts. The first conception of incompleteness fastens on the limitations of human foresight and observes that not all eventualities will be foreseen. (...) A second conception of incompleteness considers the problem of dealing with foreseen events which cannot be predicted precisely in advance. (...) A third conception of

que les notions de complétude et d'incomplétude ne sont pas des catégories juridiques et revêtent en conséquence des significations différentes tant pour le juriste que pour l'économiste³⁰³², même si on a tenté de rapprocher l'incomplétude de la notion juridique d'imprévision (connue notamment dans certains droits continentaux européens)³⁰³³. Il importe par conséquent de cerner très précisément ce que recouvre la notion d'incomplétude contractuelle en économie puis, dans la mesure du possible, en droit (I) de sorte à en apprécier les apports et les limites à la technique et au droit des contrats et, plus concrètement, son implication pour le contrat de BOT (II).

I- Les acceptions économiques et juridiques de la notion d'incomplétude contractuelle

1178. La notion d'incomplétude contractuelle est au départ une notion économique et relève précisément de la branche des organisations industrielles³⁰³⁴. A cet égard, l'on affirme que « *L'incomplétude des contrats, au sens économique, n'en entraîne pas, ni logiquement, ni empiriquement, l'équivalent sur le plan juridique ; un contrat incomplet peut être un contrat juridiquement complet* »³⁰³⁵. Il importe par conséquent de déterminer la notion d'incomplétude contractuelle au sens économique (A) en vue de la distinguer de l'incomplétude contractuelle au sens juridique, notamment au sens de *law and economics* (B).

A- La notion d'incomplétude contractuelle au sens économique

1179. Selon M. Thierry Kirat, lorsque l'incomplétude est utilisée par les économistes, hors de « *Law and Economics* », elle est définie dans des termes indifférents à la nature des obligations³⁰³⁶. Dans ce contexte en effet, les obligations³⁰³⁷ sont conçues sur un modèle algorithmique postulant tel un programme informatique que si l'état *x* du monde survient, alors l'obligation *x'* s'impose. En conséquence, dans une acception strictement économique, « *L'incomplétude est relative au fait que des accords conclus ex ante ne*

incompleteness in contracts can be described as incompleteness by design. Where the parties (...) rather emphasize the need for flexibility and the exercise of discretion": H. Collins, *Regulating contracts*, op. cit., p. 160-161.

³⁰³² Cf. en ce sens R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", in *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 56, 2005, p. 190; *adde*: L. Boy, « Les utilités du contrat », in *Les Petites Affiches*, n° 109, sept. 1997, p. 3 où l'auteur affirme qu'en forçant le trait on pourrait affirmer que le contrat incomplet n'a aucun sens pour le juriste.

³⁰³³ Ainsi, M. Claude Ménard en affirmant que « *Pour le juriste des contrats, l'incertitude a pour nom 'imprévision'* » postule que l'incomplétude des contrats, notamment de longue durée, relève dans la sphère juridique de la notion d'imprévision : C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), Paris, LGDJ, 2001, p. 669. Pour une excellente synthèse de la notion d'imprévision en droit comparé et notamment de son évolution en droit belge, Cf. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome I, p. 790- 808.

³⁰³⁴ Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" op. cit., p. 859; *adde* pour une synthèse de la construction de cette théorie: A. Navarro, "Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges", op. cit., p. 6-11.

³⁰³⁵ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 23 ; *adde* : R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 190 : "(...) *Such a contract is "informationally incomplete" even though it is "obligationally complete" in the sense that it does not contain any gaps*".

³⁰³⁶ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 16.

³⁰³⁷ Précisons que selon Claude Ménard, le contrat implique pour le juriste comme pour l'économiste une "obligation réciproque": C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 662 (c'est l'auteur qui souligne obligation réciproque).

peuvent prévoir tous les états du monde futurs possibles, et y associer des clauses de comportement certaines. L'incomplétude se définit alors a contrario des contrats complets : serait incomplet un contrat qui n'est pas complet »³⁰³⁸. Or, précise-t-on, le « contrat complet » désigne un système d'échange construit en théorie pour qualifier le modèle walrasien de marché dans lequel les échanges et les ajustements de l'offre et de la demande au prix d'équilibre sont instantanés de sorte que, comme par logique, les contrats empiriquement pratiqués seraient forcément incomplets du fait que le monde réel n'est pas walrasien³⁰³⁹. Bien plus, le Professeur Williamson affirme que « *Tous les contrats complexes sont inévitablement incomplets* »³⁰⁴⁰.

1180. En définitive, les économistes sortent le contrat incomplet du monde du droit pour le placer dans celui des régulations privées faisant appel à des procédés non juridiques d'ajustement des prestations tels la réputation des parties ou encore les usages professionnels. Il en résulte un intérêt presque urgent à appréhender la notion d'incomplétude sur le plan juridique.

B- L'incomplétude contractuelle au sens de *law and economics*

1181. Précisons d'emblée que la théorie de l'incomplétude contractuelle ne relève pas à l'origine de *law and economics* et n'a été que progressivement appréhendée par cette discipline³⁰⁴¹. Dans le cadre de cette dernière, l'incomplétude est définie en termes d'obligations³⁰⁴². Dès lors, un contrat est dit incomplet lorsque les obligations des parties ne sont pas parfaitement décrites ou spécifiées, c'est-à-dire lorsque les parties n'envisagent pas toutes les solutions permettant de faire face à toutes les éventualités d'accidents de parcours susceptibles de les priver du résultat désiré³⁰⁴³. Un travail juridique de « comblement des lacunes » (« gap-filling ») s'impose dans de telles circonstances³⁰⁴⁴ sauf pour le juge, éventuellement saisi, à refuser l'exécution d'un tel contrat³⁰⁴⁵. De nombreuses études menées par des auteurs américains tendent ainsi à mettre l'accent sur les dispositifs juridiques qui ont pour fonction de permettre aux parties contractantes de gérer l'incomplétude contractuelle, à l'instar des règles supplétives (« default rules ») dont l'objet tend à définir les obligations des parties au contrat en l'absence d'accord explicite sur des règles contraires³⁰⁴⁶.

³⁰³⁸ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 16 ; *adde* : R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 190.

³⁰³⁹ En ce sens Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 16.

³⁰⁴⁰ O.E. Williamson, "The theory of the firm as governance structure: from choice to contract", op. cit., p. 174 (C'est l'auteur qui souligne).

³⁰⁴¹ Cf. en ce sens Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" op. cit., p. 855.

³⁰⁴² A la différence des obligations au sens économique précité, la question pertinente se ramène en termes juridiques à celle de l'existence ou non d'obligations juridiquement valables dans un contrat.

³⁰⁴³ Cf. en ce sens R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 190 ; *adde* : Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", op. cit., p. 169 ;

³⁰⁴⁴ En ce sens Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 15. Pour cet auteur, une telle conception de l'incomplétude contractuelle n'est qu'une manière d'exprimer le fait que les contrats se caractérisent par une texture ouverte, ce qui constituerait une des conditions essentielles permettant aux accords générateurs d'obligations de fonctionner.

³⁰⁴⁵ R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 190.

³⁰⁴⁶ Pour une présentation de la notion de "default rules" et un résumé des analyses y relatives, Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 17 et s. ainsi que toutes les références citées.

1182. Plusieurs raisons peuvent expliquer l'incomplétude contractuelle³⁰⁴⁷. Elle peut notamment tenir : (i) du fait délibéré des parties qui s'abstiennent de prévoir une solution pour chaque éventualité susceptible de se produire pendant l'exécution du contrat – elles peuvent alors se fier à des (re)négociations futures ou à des normes ou usages sociaux pour régler toute difficulté qui surviendrait ; (ii) de l'ignorance des parties due au fait que celles-ci ont dédié peu d'attention ou de ressources aux négociations ou (iii) du fait que les termes du contrat ne sont pas toujours exempts d'ambiguïté³⁰⁴⁸. Par ailleurs selon le Professeur Richard Craswell, l'incomplétude peut dépendre, de manière moins évidente, des règles d'interprétation qui sont appliquées³⁰⁴⁹. Il s'ensuit au final que la théorie de l'incomplétude contractuelle recèle des apports mais également des limites en ce qui concerne la technique et le droit des contrats, d'où l'intérêt d'en examiner les manifestations dans le contrat de BOT.

II- Apports et limites de la théorie de l'incomplétude contractuelle à la technique et au droit contractuels et implications pratiques pour le BOT

1183. Appréhendée et mise en forme par *law and economics*, la notion d'incomplétude contractuelle apporte un éclairage certain au droit et à la technique contractuels³⁰⁵⁰ et, partant, a des implications pratiques pour le BOT (B). Cette notion comporte toutefois quelques zones d'ombre qu'il n'est pas inutile de présenter (A).

A- Les zones d'ombre de la notion d'incomplétude contractuelle

1184. Tout d'abord d'un point de vue purement sémantique, l'expression « contrats incomplets » paraît malheureuse en ce sens qu'elle suggère une distinction : si certains contrats sont incomplets, certains autres doivent certainement être complets. Or, selon le Professeur Richard Craswell, si une telle distinction peut être pertinente dans le cadre de l'évaluation des règles d'interprétation du contrat, elle implique pour le juriste un régime juridique distinct et approprié pour l'une et l'autre catégorie³⁰⁵¹. Tel n'est cependant pas le cas dans la réalité, ce qui rendrait une telle distinction sans pertinence dans la compréhension du concept de « contrats incomplets »³⁰⁵².

1185. On a ensuite estimé que l'incomplétude au sens juridique – c'est-à-dire au sens où les parties n'envisagent pas toutes les solutions permettant de faire face à toutes les

³⁰⁴⁷ Pour une revue de ces multiples raisons, Cf. Juliet P. Kostritsky, "Taxonomy for justifying legal intervention in an imperfect world: what to do when parties have not achieved bargains or have drafted incomplete contracts", 2004 Wis. Law Rev. 323 (2004) citée par R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005, p. 154 préc. note 9; *adde*: A. Navarro, "Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges", op. cit., p. 6.

³⁰⁴⁸ Cf. en ce sens, Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", in Case Western Reserve Law Review, Vol. 56, 2005, p. 169; *adde* pour une distinction entre incomplétude contractuelle et asymétrie d'information O. Hart and J. Moore, "Incomplete contracts and renegotiation", *Econometrica*, vol. 56, n° 4, July 1988, p. 756.

³⁰⁴⁹ R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005, p. 154-155: "Thus, if incompleteness is defined by whether the contract leaves gaps, we cannot even classify a contract as "complete" or as "incomplete" without first choosing between the various competing interpretations".

³⁰⁵⁰ *Contra* cependant: Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" op. cit., p. 830. Pour l'auteur en effet, "(...) the economic approach does not explain the current system of contract law, nor does it provide a solid basis for criticizing and reforming contract law".

³⁰⁵¹ Cf. en ce sens R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", op. cit., p. 152.

³⁰⁵² Ibid. (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

éventualités d'accidents de parcours susceptibles de les priver du résultat désiré – n'explique pas pourquoi ces parties laisseraient de telles lacunes³⁰⁵³, l'explication étant alors fournie par la théorie économique³⁰⁵⁴ qui s'appuie par ailleurs sur des modèles qui n'existent pas dans la vie réelle³⁰⁵⁵. En outre, si l'économie des contrats s'est longuement appesantie sur certaines attitudes des parties contractantes – par exemple leur décision d'exécuter ou non le contrat – elle a en revanche été presque muette sur certaines autres attitudes desdites parties telles les mesures de précaution que celles-ci pourraient prendre pour réduire la survenance des accidents de parcours³⁰⁵⁶. On a également estimé que la problématique des contrats incomplets, en ce que cette théorie prétend tenir compte d'*avance* des aléas et des évolutions possibles, est presque opposée à celle du droit où on suppose *déjà donné* un certain acte explicite (en l'occurrence un contrat) et on indique les obligations qui en découlent, envisageant alors seulement un nombre limité de cas où des défauts dans le contrat rendraient l'obligation caduque³⁰⁵⁷.

1186. Par ailleurs, la théorie de l'incomplétude contractuelle a paru renforcer la tendance à la régulation exclusivement privée du contrat. Comme le relève M. Thierry Kirat toutefois, « *La position commune à nombre d'économistes du contrat, qui consiste à penser que l'« incomplétude » fait échapper le contrat à l'emprise de solutions juridiques et le fait entrer dans la sphère de la « régulation privée » nous paraît devoir être dépassée par une analyse empirique du fonctionnement des dispositifs juridiques qui se rapportent à l'exécution des contrats* »³⁰⁵⁸.

1187. Plus fondamentalement, M. Emmanuel Putman a relevé à juste titre que l'analyse économique semble se défier d'une certaine vue de l'esprit, celle de la justesse objective des termes de l'échange, tandis qu'elle se fie à une autre vue de l'esprit, celle du contrat complet hypothétique conforme à l'équilibre subjectif des termes de l'échange tel que les parties sont censées l'avoir projeté et l'auteur de se demander : « *Vue de l'esprit pour vue de l'esprit, pourquoi l'une serait-elle supérieure à l'autre ?* »³⁰⁵⁹. Ce qui serait en jeu, selon l'auteur, c'est le choix philosophique entre plusieurs conceptions possibles de la justice contractuelle³⁰⁶⁰, singulièrement entre la justice procédurale et la justice substantielle³⁰⁶¹. Toutefois, il paraît difficile en pratique de tracer une frontière entre ces deux conceptions de la justice contractuelle³⁰⁶² et par conséquent, les apports de la notion

³⁰⁵³ R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 190.

³⁰⁵⁴ C'est en effet la théorie économique (dans sa version néo-institutionnaliste) qui fait usage d'une notion de contrats incomplets en situation d'incertitude radicale et de rationalité limitée des agents et des institutions.

³⁰⁵⁵ Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" op. cit., p. 859.

³⁰⁵⁶ En ce sens Cf. R. Craswell, "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", op. cit., p. 151.

³⁰⁵⁷ Cf. en ce sens P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 165.

³⁰⁵⁸ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 12.

³⁰⁵⁹ E. Putman, « L'introuvable contrat complet », in RRJ 2008-5, n° spécial consacré à *L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay*, p. 2479 (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

³⁰⁶⁰ Ibid.

³⁰⁶¹ En ce sens Cf. H. Collins, "Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts" in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 10. Pour cet auteur en effet: "A procedural justice perspective insists that once the parties to a contract have completed a particular procedure, namely the rules for the formation of an express agreement that is legally binding, the enforcement of the outcome of that procedure, the express agreement, should satisfy completely the demands of justice. A substantive justice perspective insists, in contrast, that the completion of the procedure, though vital for fairness, does not exhaust the demands of substantive justice (...) In addition the written or express agreement should be read in context (...)".

³⁰⁶² H. Collins, "Distributive justice through contracts" (1992) 45(2) *Current Legal problems* 49 cité par H. Collins, "Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts", op. cit., p. 11; *adde* sur le thème

d'incomplétude contractuelle pour la technique et, éventuellement, le droit des contrats ne sauraient être négligés d'autant plus que ceux-ci ont diverses implications pratiques dans le cadre du BOT.

B- Les apports de la notion d'incomplétude contractuelle à la technique et au droit contractuels et implications pratiques pour le BOT

1188. L'importance de la notion d'incomplétude contractuelle est illustrée par cette remarque – quelque peu ironique après l'examen qui vient d'en être fait – selon laquelle : « *Il est commun d'opposer la tradition continentale du contrat incomplet, auquel sont adjointes les normes supplétives de caractère jurisprudentiel, et le contrat complet de type anglo-saxon* »³⁰⁶³. L'économie des contrats quant à elle semble principalement orientée vers la conception des contrats de sorte qu'on a estimé que ce n'est qu'indirectement qu'elle peut produire des aspects normatifs pour le droit des contrats³⁰⁶⁴. Toutefois, l'incomplétude poserait des questions qui peuvent être traitées du point de vue, non du monde abstrait de la théorie économique formelle, mais du droit positif des obligations³⁰⁶⁵. Bien plus, un auteur n'a pas hésité à affirmer que la notion d'incomplétude pourrait constituer une piste sérieuse de réflexion pour expliquer la tendance actuelle à la fragilisation de l'effet obligatoire des contrats, notamment des contrats économiques, lesquels paraissent donner lieu à une renégociation permanente³⁰⁶⁶. De même, la théorie de l'incomplétude contractuelle offrirait un cadre d'étude rigoureux pour comprendre les contrats de gestion des services publics dans la mesure où plusieurs aspects de la qualité du service s'avèrent difficilement contractualisables *ex ante* et justifient, partant, l'hypothèse d'incomplétude de tels accords³⁰⁶⁷.

1189. Selon M. Thierry Kirat, « *L'incomplétude doit être, simplement, considérée comme l'expression d'une texture ouverte des contrats, du fait du temps et de l'imprévisibilité du futur. Le véritable problème posé est celui des dispositifs juridiques par lesquels les parties peuvent organiser le traitement de leurs obligations futures en cas de survenance d'aléas, et les tribunaux interpréter ces obligations dans un cadre contentieux* »³⁰⁶⁸.

de la justice contractuelle: J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », in Dalloz chr., 1982, p. 1-10. Plus généralement sur l'utile et le juste Cf. notamment : « L'utile et le juste », in APD, tome 26, Paris, Sirey, 1981.

³⁰⁶³ P. Cossalter, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, op. cit., p. 22. Pour l'auteur toutefois, cette opposition tend à se réduire sous l'effet conjugué des contraintes de l'Union européenne et des pratiques nationales majoritaires.

³⁰⁶⁴ Cf. R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 188 ainsi que toutes les références citées à la note 4; *adde*: Eric A. Posner, "Economic analysis of contract Law after three decades: success or failure?" op. cit., p. 859 où l'auteur affirme: "*The incomplete contracts literature was motivated by the desire to explain contracting, not contract law*"; E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 155 où l'auteur affirme que l'analyse économique des contrats n'apporte pas spontanément des réponses aux préoccupations centrales des juristes mais, recèle une vision des contrats en termes d'engagement et d'incomplétude susceptible d'être utile aux réflexions des juristes.

³⁰⁶⁵ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 20. Comp. avec E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 159 où l'auteur affirme que la théorie de l'incomplétude contractuelle a contribué à attirer l'attention des économistes sur l'influence du cadre juridique sur l'économie des contrats.

³⁰⁶⁶ L. Boy, « Les utilités du contrat », op. cit., p. 3-4.

³⁰⁶⁷ Cf. en ce sens C. Desrieux, « Le rôle de l'autorité publique dans la gestion des services publics locaux - Une approche par la théorie des contrats incomplets », in *Revue économique*, vol. 57, n° 3, mai 2006, p. 530.

³⁰⁶⁸ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 21.

L'auteur semble ainsi poser la question de l'ajustement du contrat en cours d'exécution, ce qui suppose de s'intéresser notamment aux techniques et autres règles (positives ou non) relatives à la renégociation des accords³⁰⁶⁹. A cet égard, MM. Scott et Triantis affirment qu'un des plus importants apports de la théorie économique des contrats aux juristes et avocats est l'intégration systématique de la possibilité de renégociation et ses effets « en retour » dans l'appréhension du contrat³⁰⁷⁰. Par ailleurs, la littérature récente sur l'économie des contrats³⁰⁷¹ adopte une approche pragmatique de la théorie de l'incomplétude contractuelle susceptible d'apporter quelque contribution à la technique et, par extension, au droit des contrats.

1190. D'une part et selon le Professeur Richard Craswell, les auteurs classiques de *law and economics* ne se sont guère intéressés aux précautions que les parties contractantes devraient prendre pour réduire les risques d'accidents de parcours, mais se sont focalisés sur les incitations permettant aux parties de choisir entre l'exécution ou la rupture du contrat³⁰⁷². Or pour cet auteur, à chaque fois que le débiteur d'une prestation a une certaine maîtrise du risque susceptible d'influencer négativement l'exécution de ladite prestation, il doit prendre toutes les précautions nécessaires pour empêcher la réalisation dudit risque³⁰⁷³. La précaution s'entend dans ce contexte de toute initiative ayant un coût qui réduit la probabilité de la survenance d'un événement qui rendrait difficile l'exécution d'un contrat³⁰⁷⁴. Elle n'est toutefois efficace, selon cet auteur, que lorsque les renégociations *ex post* sont impossibles, ce d'autant plus que la précaution constituerait un investissement coopératif car, les effets de celle-ci profitent à toutes les parties contractantes³⁰⁷⁵.

1191. D'autre part, rejetant l'approche consacrée par une grande partie de la doctrine américaine et essentiellement centrée autour des effets contentieux de l'incomplétude contractuelle, le Professeur Avery Katz adopte une approche plus pragmatique de cette notion³⁰⁷⁶. Pour cet auteur en effet, ce qui doit être au centre des préoccupations ce sont

³⁰⁶⁹ Pour une pénétrante analyse des rapports entre incomplétude et imprévision (en droits public et privé français) ainsi que de la question de l'adaptation des contrats publics en France et aux Etats-Unis : Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 20-40.

³⁰⁷⁰ R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 194: "*From the perspective of lawyers and legal scholars, therefore, the most important contribution of economic contract theory is arguably this systematic incorporation of renegotiation and its feedback effects into the analysis of contracting*" (c'est nous qui soulignons). Comp. toutefois avec M. Richard Craswell qui indique que: "*The possibility of renegotiation makes it easier for a legal regime to give parties the right incentives to make efficient choice between performance and breach. At the same time, though, the possibility of renegotiation makes it significantly harder for a legal regime to give parties the right incentives to make various other choices efficiently*": R. Craswell, "The 'incomplete contracts' literature and efficient precautions", op. cit., p. 158.

³⁰⁷¹ Sur cette littérature Cf. Juliet P. Kostritsky « Symposium Incomplete contracts: judicial responses, transactional planning, and litigation strategies - Introduction », op. cit., p. 135 et s.

³⁰⁷² R. Craswell, "The 'incomplete contracts' literature and efficient precautions", op. cit., p. 163.

³⁰⁷³ Ibid. Comp. cette approche avec le principe de précaution que connaissent certains droits européens.

³⁰⁷⁴ En ce sens Cf. R. Craswell, "The 'incomplete contracts' literature and efficient precautions", op. cit., p. 163: "*(...) I will use 'precaution' to refer to any costly step that reduces the probability of an event that would make it harder to perform under contract*".

³⁰⁷⁵ Ibid. p. 165-166. L'auteur affirme ainsi que: "*(...) The real difficulty in optimizing precaution incentives comes (not surprisingly) when ex post renegotiation is possible. (...) When ex post renegotiation is possible, it is much harder to create incentives for one party to choose an efficient level of cooperative investment*".

³⁰⁷⁶ "Recent scholarship in the field of contract law has concentrated on contractual incompleteness (...) Most of this recent scholarship has focused on the question of what courts should do when faced with the problem of enforcing an apparently incomplete contract. (...) On the other hand, focusing exclusively on such questions overlooks the facts that most contractual relationships do not result in disputes and that much of what lawyers

moins les considérations législatives et judiciaires que l'efficacité des transactions concrètes que les clients et leurs conseils souhaitent réaliser³⁰⁷⁷. Ainsi, outre les incitations et les investissements dans les précautions *ex ante* que doivent effectuer les parties en vue d'assurer l'exécution du contrat, l'efficacité des transactions dépend d'un certain nombre de facteurs tels la répartition des risques réalisée par les parties, l'acquisition et l'échange d'informations et les négociations entre celles-ci, leur organisation interne ainsi que leur attitude face au principe de limitation des dommages éventuels³⁰⁷⁸. L'auteur identifie et développe par conséquent quatre stratégies permettant de gérer l'incomplétude contractuelle à savoir : (i) investir *ex ante* pour réduire les coûts d'exécution du contrat *ex post* ; (ii) contractualiser *ex ante* les méthodes d'interprétation applicables *ex post* ; (iii) confier le pouvoir de compléter le contrat soit à une des principales parties au contrat soit à un tiers et (iv) concevoir des clauses du contrat qui rendent celui-ci « auto-exécutable » (« self-enforcing ») ou qui encouragent une renégociation efficace³⁰⁷⁹. Ces stratégies seraient en pratiques transversales et sont aussi bien complémentaires qu'alternatives³⁰⁸⁰. L'ensemble de ces stratégies se retrouvent au demeurant dans le cadre du BOT et certaines ont déjà été longuement analysées telles les études préalables de faisabilité, le monitoring de l'expert indépendant, les garanties de performance (« performance bonds »), les clauses de « step-in » ou encore les clauses de pénalité/bonus³⁰⁸¹.

1192. La stratégie (iii) *supra* – à savoir notamment confier le pouvoir de compléter le contrat à une des principales parties au contrat – a été analysée par Mme Desrieux, à l'aide d'un modèle, dans le cadre de la délégation de service public « à la française » ainsi que dans le cadre du PPP³⁰⁸². Pour l'auteur, conférer à une autorité publique un ensemble de pouvoirs unilatéraux au sein d'un PPP permettrait de disposer d'un mode de gestion des services publics plus efficace lorsque la réduction des coûts d'exploitation comporte un niveau intermédiaire ou élevé d'effets adverses sur la qualité et que cette dernière représente un enjeu important³⁰⁸³. Ceci s'expliquerait par le bénéfice tiré des incitations du secteur privé à investir dans la qualité, tout en limitant les effets adverses des réductions de coûts d'exploitation, du fait du pouvoir unilatéral de renégociation de l'autorité publique³⁰⁸⁴. Nous verrons toutefois dans la section consacrée aux comportements opportunistes (Cf. *infra* n° 1230 et s.) que cette stratégie n'est pas sans inconvénients. On a néanmoins

do when designing contracts can be understood as managing the problem of incompleteness so that the parties can settle their affairs without resorting to costly litigation": Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", op. cit., p. 169-170.

³⁰⁷⁷ Deux raisons principales, l'une pédagogique – la formation des étudiants en droit – et l'autre substantielle – l'asymétrie d'information entre parties et juge au détriment de ce dernier – justifient, selon l'auteur, une telle approche : Cf. Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", op. cit., p. 171.

³⁰⁷⁸ Ibid.

³⁰⁷⁹ Ibid. p. 176-185. Pour la formalisation d'un modèle rendant le contrat "auto-exécutable", Cf. O. E. Williamson, "Credible commitments: Using hostages to support exchange", in *The American Economic Review*, vol. 73, n° 4, p. 519-540.

³⁰⁸⁰ Cf. Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", op. cit., p. 177.

³⁰⁸¹ Dans le même sens, Cf. A. Navarro, "Build-Operate-Transfer (BOT) arrangements: The experience and policy challenges", op. cit., p. 10. L'auteur affirme par exemple (p. 2-3) que : "(...) *Penalty/bonus provisions play a significant role in attempting to make these incomplete contracts as optimal as possible*".

³⁰⁸² C. Desrieux, « Le rôle de l'autorité publique dans la gestion des services publics locaux – Une approche par la théorie des contrats incomplets », op. cit., p. 531-538 ; *adde* pour un examen en droit privé français d'un cas d'adaptation unilatérale du contrat S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, op. cit., p. 244-245. L'auteur précise notamment que les réticences à une telle adaptation étaient en réalité le fait d'une confusion entre **unilatéral** et **arbitraire** (sic).

³⁰⁸³ C. Desrieux, « Le rôle de l'autorité publique dans la gestion des services publics locaux – Une approche par la théorie des contrats incomplets », op. cit., p. 531-538.

³⁰⁸⁴ Ibid.

affirmé qu'à l'analyse, l'économie des contrats met l'accent sur l'utilité de l'incomplétude des contrats et sur celle de son pendant à savoir l'aménagement de mécanismes autoritaires ou de (re)négociation³⁰⁸⁵.

1193. Enfin, si les contrats apparaissent inéluctablement incomplets, la théorie de l'incomplétude contractuelle pousse la pratique contractuelle à tendre vers la complétude. De là l'idée selon laquelle les rédacteurs du contrat peuvent viser la complétude de plusieurs manières, selon l'opinion qu'ils se font d'un contrat complet³⁰⁸⁶. Par conséquent, la complétude pourra être recherchée « en extension », c'est-à-dire en envisageant minutieusement des séries de situations avec les effets de droit que les parties entendent y attacher (liste des circonstances de *hardship* ou de force majeure) ou en « compréhension » c'est-à-dire en visant un ensemble de situations et d'effets de droit au moyen d'une formule générale, ou encore en combinant ces deux procédés c'est-à-dire en associant clause générale et clause énumérative³⁰⁸⁷. Il semble au final que la diversité des techniques contractuelles tient de la diversité des cultures juridiques dont certaines sont tournées vers une technique casuistique et d'autres vers une technique systématique³⁰⁸⁸. Produit de cette diversité juridique, le BOT nous semble combiner l'ensemble de ces techniques aux fins de complétude, pour une opération dont l'acte fondateur apparaît comme inéluctablement incomplet.

Sous-section 2 : L'inéluctable incomplétude du contrat de BOT

1194. Si les contrats qui matérialisent l'opération BOT paraissent *a priori* précis et généralement détaillés – sans pour autant être figés – (Cf. *supra* n^{os} 913 à 1060), le contrat de BOT lui-même, lequel fixe les bases et trace les contours de la coopération entre partenaires à une telle opération, ne peut prétendre au même degré de précision ou de détail, encore moins à la complétude. En effet, la finalité d'intérêt général du BOT fait surgir dans le champ contractuel une contrainte incontournable, par essence dynamique, le fait politique (I). Par ailleurs, l'impossibilité d'appréhender l'ensemble des contingences inhérentes à chaque paramètre du projet renforce la nature incomplète du contrat de BOT (II).

I- Une incomplétude tenant à la finalité du BOT : la prégnance du fait politique

1195. Selon M. François Rangeon, lorsqu'il s'applique aux politiques économiques – et donc aux projets – l'intérêt général est une norme programmatique, ouverte vers l'avenir et le changement³⁰⁸⁹. Il apparaît en outre que la contractualisation « *affine les politiques publiques, impose une vision prospective, privilégie une logique de projet et permet de concilier des logiques concurrentes* »³⁰⁹⁰.

³⁰⁸⁵ E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 171.

³⁰⁸⁶ E. Putman, « L'introuvable contrat complet », op. cit., p. 2477.

³⁰⁸⁷ Ibid. p. 2477-2478 (c'est l'auteur qui souligne différentes expressions dans le texte).

³⁰⁸⁸ Ibid. p. 2478 ainsi que la référence à J.-M. Mousseron citée.

³⁰⁸⁹ F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 19.

³⁰⁹⁰ G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006, extraits repris dans B. Denis (coord.), *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme*, op. cit., p. 96. L'auteur affirme que la contractualisation contribue à conforter l'idée d'un intérêt général recherchant dans le contrat le moyen d'établir une harmonie entre les intérêts et, dans ce cadre dès lors, le consensuel tendrait à l'emporter sur le contractuel.

1196. Pour rappel, le BOT est au cœur d'une action politique, le partenaire public réalisant généralement le programme économique d'un gouvernement. Or, on relève d'une part que les gouvernements ont généralement de multiples objectifs – parfois contradictoires ou incompatibles – à réaliser et qu'un nouveau gouvernement peut avoir des objectifs différents de ceux du précédent gouvernement³⁰⁹¹. D'autre part, le terme « politique » exprimerait l'action en vue d'une fin avec un sentiment de contingence, essentiellement dans le choix des moyens³⁰⁹². L'action politique peut alors être considérée comme une « matière » que le droit – y compris le droit des contrats – « informe » ou « structure » sans toutefois l'absorber³⁰⁹³. De là, à notre sens, la source principale du caractère incomplet du contrat de BOT³⁰⁹⁴.

1197. Plus généralement par ailleurs, développer une économie implique, selon M. Brian J. Loasby, la mise en œuvre d'un système suffisamment stable et flexible qui permette une évolution et des ajustements en fonction de l'accroissement et de la maîtrise des connaissances, ce qui poserait un problème d'équilibre³⁰⁹⁵. Le BOT, instrument de coopération économique par excellence, s'inscrit dans cette dynamique et implique, notamment pour les pays en développement un apprentissage. Or, la période d'apprentissage crée forcément des résultats intermédiaires sous-optimaux qu'il faut ajuster avec le temps³⁰⁹⁶. Un tel système – par extension des analyses de Coase sur la raison d'être des firmes – implique des contrats « imparfaitement définis » (« imperfectly specified contracts »), souvent des accords tacites ou d'invisibles poignées de mains voire même une ambiguïté délibérée³⁰⁹⁷. Il en est souvent ainsi dans le cadre des opérations de BOT, le gouvernement du pays d'accueil du projet se réservant, légitimement, une certaine marge de manœuvre inhérente au levier politique dont il doit pouvoir faire usage

³⁰⁹¹ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 72.

³⁰⁹² H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », op. cit., p. 3 (c'est l'auteur qui souligne l'expression politique). Pour l'auteur (p. 2), la politique, expression du pouvoir, apparaît comme l'élément dynamique ou d'action tandis que le droit apparaît au contraire comme une notion à laquelle le pouvoir se réfère avant qu'il ne crée des règles qui, tout en servant les buts de sa politique, prétendent néanmoins exprimer ladite notion.

³⁰⁹³ En ce sens Ibid. p. 4 (c'est l'auteur qui souligne) ; *adde* : P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 211 pour qui le droit est une médiation institutionnalisée entre la morale et le politique et requiert une délibération sur les fins d'une communauté juridique.

³⁰⁹⁴ Pour M. Hugh Collins, “Government contracts (...) tend to be incomplete by design, with institutional configuration of hierarchy in order to provide a mechanism to supplement and adapt the contractual undertakings” : H. Collins, *Regulating contracts*, op. cit., p. 308.

³⁰⁹⁵ B. J. Loasby, *Equilibrium and evolution – An exploration of connecting principles in economics*, op. cit., p. 101-102.

³⁰⁹⁶ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 71 ; *adde* : F. Ost, « Temps et contrat – Critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 163 où l'auteur relève que dans de telles circonstances, loin d'enfermer les parties dans un carcan rigide, le contrat est devenu l'outil d'une politique « réflexive », qui apprend par ses erreurs autant que par ses succès et intègre au fur et à mesure ses résultats dans ses prévisions, aux fins de concilier au mieux les exigences multiples et parfois contradictoires (celles du marché et de la citoyenneté par exemple) auxquelles l'opération doit faire face.

³⁰⁹⁷ B. J. Loasby, *Equilibrium and evolution – An exploration of connecting principles in economics*, op. cit., p. 101-102 où l'auteur précise : “Imperfectly-specified contracts, frameworks, paradigms, or research programmes, create space in which people can invent, imagine, explore possible futures, between which they or others can later choose. They constitute what Eliasson (1987) has called ‘an experimentally organized economy’” ; *adde* B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action - Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 166 où l'auteur indique que toute coopération organisée se déroule non dans une situation idéale de transparence, mais ménage au contraire une sphère d'indécidabilité qui rend la coopération possible.

en cas de besoin³⁰⁹⁸. Une illustration de ce phénomène est donnée par l'étude comparée de M. Kirat, réalisée au sujet de la détermination du prix dans les marchés publics français et américains, de laquelle il ressort notamment que : « *En dépit de cette différence de poids accordée aux devis de prix, le droit administratif américain et le droit administratif français relatifs aux changements unilatéraux de prix dans les contrats présentent de fortes similitudes ; ils expriment une même idée de continuité de service public* »³⁰⁹⁹.

1198. Le Professeur Oliver Hart va plus loin et tire de la théorie de l'incomplétude contractuelle la justification d'un droit de propriété publique (notamment sur diverses entreprises) dans la mesure où le droit de propriété offre au partenaire public des pouvoirs spéciaux sous forme de droits résiduels de contrôle³¹⁰⁰. Bien plus, M. Batiffol relevait déjà que la politique se propose un but général ou éloigné et qu'il entre dans une bonne politique de redresser, à la lumière de l'expérience, les orientations générales qui se révéleraient critiquables eu égard aux finalités plus éloignées³¹⁰¹. Dès lors, l'auteur affirme qu'il peut arriver que la contingence des circonstances rende effectivement plus utile, même pour la fin générale considérée, l'abandon *in casu*, et serait-ce même pour des questions de personnes, de la directive choisie³¹⁰². Dans le même sens et par référence au but du contrat des autorités publiques, Mme Frison-Roche relève que c'est parce que le but du contrat est premier que les effets recherchés par celui-ci sont en son cœur, que l'adaptation s'impose pour que les effets obtenus et les effets recherchés coïncident, au besoin, par la modification des engagements et dans la limite où le but de service public l'implique³¹⁰³. Ce principe d'adaptation lui-même ne serait pas comme tel une règle juridique mais un principe d'action³¹⁰⁴.

1199. Plus profondément, à la suite de l'examen des rapports entre droit (dans toutes ses branches) et politique, M. Dabin n'avait pas hésité à conclure que « *Droit et politique sont en liaison et que cette liaison est une liaison de dépendance du droit vis-à-vis de la*

³⁰⁹⁸ Cf. en ce sens H. Collins, *Regulating contracts*, op. cit., p. 308: "The need to remain responsive to public needs leads government to seek to obtain in their contracts both flexibility in redefining the task to be performed and discretionary power to monitor and direct the performance of the external contractor".

³⁰⁹⁹ T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 38.

³¹⁰⁰ O. Hart, "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and application to public-private partnerships", op. cit., p. 70: "(...) If contracts are incomplete, as they are in practice, there is a case for the government to own an electricity company or prison since ownership gives government special powers in the form of residual control rights". Contra cependant C. Desrieux, « La gestion contractuelle des services publics. Une critique de l'approche par les droits de propriété », in *Revue économique* 2008/3, vol. 59, p. 454 où l'auteur affirme qu'une telle vision économique ne permet pas de rendre compte des modes de gestion de services publics car la notion de propriété n'apparaît pas toujours attachée aux fonctions de contrôle résiduel et de perception des bénéfices d'exploitation.

³¹⁰¹ H. Batiffol, « Problèmes de frontières : Droit et politique », op. cit., p. 9.

³¹⁰² Ibid. Adde dans le même sens Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 303: "(...) Therefore, different levels of power distance, and consequently of state discretion, may be required or expected for different functions or at different times".

³¹⁰³ Cf. en ce sens M.-A. Frison-Roche, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit. p. 52 ainsi que les références citées ; adde : H. Collins, *Regulating contracts*, op. cit., p. 310 : "The underlying problem here is that the meaning of contractual relations has to be distorted in order to serve as an instrument of government".

³¹⁰⁴ A.-S. Mescheriakoff, *Droit des services publics*, op. cit., p. 185. Pour l'auteur, il s'agirait même d'une tendance sociologique.

politique »³¹⁰⁵. Selon cet auteur, si cette conclusion peut paraître choquante pour ceux qui voudraient placer le droit au-dessus de la politique, elle n'en est pas moins conforme à la réalité et à la raison³¹⁰⁶. Le droit serait politique d'abord par le « cadre » – c'est-à-dire l'Etat – dans lequel il se meut ; il serait politique aussi et surtout par sa « finalité », qui est celle même de l'Etat et de la politique, à savoir le bien commun des hommes et des groupes inclus dans la communauté nationale ou internationale³¹⁰⁷. L'auteur affirme en conclusion que le droit n'est qu'une partie, un département de la politique et qu'il appartient à la politique de choisir la voie la plus rentable, la plus efficace de sorte qu'il vaudrait mieux parfois, même dans le cas de conflit entre les hommes, que le droit se taise, surtout s'il n'est pas en mesure de se faire respecter³¹⁰⁸. On a même ajouté que l'incohérence serait de toute évidence intrinsèque au processus de prise de décision de tout gouvernement démocratique, sauf à confier la responsabilité des décisions à un seul individu auquel cas on ne parlerait plus de démocratie³¹⁰⁹.

1200. Sous une vue plus optimiste, M. Macaulay affirme que le droit des contrats influe néanmoins sur le politique, ceux détenant le pouvoir ne souhaitant pas paraître dictateurs ou agir arbitrairement³¹¹⁰. En effet, comme l'illustre la mise en œuvre du BOT telle que nous l'avons analysée jusqu'à présent, il apparaît que les organes attitrés de l'Etat d'accueil du projet ont parfois besoin soit de stimulants, pour les forcer à l'action, soit d'alliés, pour les aider à vaincre des résistances. De là le fait que la tension entre la politique et le droit – au moins le droit établi – relève de la nature des choses³¹¹¹. Il en est ainsi également parce que, comme le rappelle M. Macaulay, les rapports de long terme ne constituent pas toujours des situations heureuses pour ceux qui sont démunis de pouvoir³¹¹². Le BOT se situant généralement au cœur de l'action politique n'échappe pas dans sa mise en œuvre à cette tension qui se traduit notamment par le caractère incomplet, la texture ouverte³¹¹³, du contrat de BOT. En effet, outre ces contingences politiques, les contingences liées aux paramètres du projet et l'impossibilité de les appréhender ou maîtriser toutes participent du renforcement du caractère incomplet du contrat de BOT.

³¹⁰⁵ J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 217. *Contra* cependant : M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, n° 1, jan. 2010, p. 383 et s. Pour l'auteur : « Il faut se rappeler, en tirant les leçons des travaux de Max Weber, que le droit offre des moyens techniques de la domination des deux pouvoirs que sont le politique et l'économique. Il en est le principal instrument de légitimation ».

³¹⁰⁶ J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 217.

³¹⁰⁷ Ibid. (c'est l'auteur qui souligne les expressions dans le texte).

³¹⁰⁸ Ibid. p. 217-218.

³¹⁰⁹ J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, op. cit. p. 373-374.

³¹¹⁰ Cf. en ce sens S. Macaulay, "An empirical view of contract", in *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 478. L'auteur y ajoute que : "It is good public relations to channel their actions into the forms of contract to gain the symbolism of bargain and free choice". Un autre auteur relève toutefois que certaines décisions qui paraîtraient arbitraires pour certains peuvent au contraire être parfaitement prévisibles pour d'autres de sorte qu'il n'y a aucune raison convaincante d'affirmer que la prévisibilité passe par une limitation du pouvoir discrétionnaire des autorités : Cf. Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 301.

³¹¹¹ En ce sens Cf. J. Dabin, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à René Savatier*, op. cit., p. 190. Pour l'auteur, la politique, sous un angle pratique et concret, est essentiellement vie et donc mouvement, alors que le droit établi a précisément pour effet – et en partie pour rôle – de fixer les situations.

³¹¹² S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 478.

³¹¹³ Pour une thèse en faveur de cette texture ouverte (« open-endedness »), comme favorisant la coopération entre partenaires, dans les contrats de long-terme en général : Cf. F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 21 et s.

II- Une incomplétude tenant à l'impossibilité d'appréhender toutes les contingences inhérentes à chaque paramètre du BOT

1201. En raison de la spécificité de chaque projet BOT, il n'existe ni recettes ni solutions standard susceptibles d'être appliquées à tous les projets BOT. Nous avons en effet vu que les risques du projet sont ce qu'il y a de plus spécifique dans le BOT (Cf. *supra* n^{os} 633 à 651). Chaque projet connaît ainsi un profil de risques particulier et c'est un des objectifs des partenaires de tenter de les maîtriser et de les gérer. C'est ainsi que nous avons également vu que les parties à une opération BOT peuvent mettre en place des systèmes d'indicateurs de performance qui contribuent à renforcer l'aspect « contrôlabilité » de cette technique. Toutefois, ce système d'indicateurs de performance ne peut être utilisé pour tout type de projet (par exemple un projet BOT autoroutier), ce qui soulève la question de la « vérifiabilité »³¹¹⁴, notamment par un tiers, de la performance ou du niveau d'effort fourni par un partenaire.

1202. Par ailleurs, la prise en compte des différents paramètres du projet se traduit essentiellement à travers le contrat et donc nécessairement par l'utilisation du langage. Or, M. Frydman souligne fort justement que les intentions des participants à un acte de langage ne sont pas décidables de sorte qu'on ne peut jamais connaître l'intention réelle de celui qui participe à un acte de langage, quand bien même son comportement semblerait confirmer ses dires³¹¹⁵. De même, l'on relève que le langage est un engagement en un double sens : il y a, d'un côté, un lien très fort entre l'utilisation du langage et le comportement éthique de celui qui s'exprime et, d'un autre côté, le langage ne reçoit pleinement ses significations que par et dans l'action³¹¹⁶. De plus, les différents états du monde (y compris leur dynamique propre) ne peuvent persister tels que les parties les ont envisagés au moment de la conclusion du contrat car la connaissance de ces états demeure limitée et, partant, la capacité des parties à analyser les conséquences de ce qui demeure inconnu et à négocier l'opération est également limitée³¹¹⁷.

1203. En fin de compte, il faut retenir et tirer les conséquences comme nous l'avons vu de ce qu'un des apports notables de la théorie de l'incomplétude contractuelle est qu'elle permet d'intégrer la possibilité de renégociation dans le processus de conception du contrat de sorte à en anticiper, dans la mesure du possible, les « effets en retour ». A vrai dire, la renégociation n'apparaît pas comme une calamité et s'avère même parfois nécessaire à la satisfaction des intérêts des partenaires à l'opération BOT.

SECTION II : LA QUESTION DES AJUSTEMENTS EN COURS D'OPÉRATION

1204. L'incomplétude fondamentale du contrat de BOT sus-analysée pose, comme fatalement, la question des ajustements parfois nécessaires en cours d'opération. De tels

³¹¹⁴ V. *infra* n^o 1303 pour une définition du concept de vérifiabilité et sa distinction d'avec le concept d'observabilité.

³¹¹⁵ B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 154 ainsi que la référence à Pierre Livet citée.

³¹¹⁶ Cf. en ce sens P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.) *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 215.

³¹¹⁷ Cf. en ce sens D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", op. cit., p. 464; *adde*: F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 202: "We do not perceive the present in its totality, nor do we infer the future from the present with any high degree of dependability, nor yet do we accurately know the consequences of our own actions".

ajustements peuvent notamment se traduire par des renégociations, lesquelles sont alors vues comme une conséquence de l'incomplétude sus-évoquée³¹¹⁸. Cette dernière caractériserait de manière générale les PPP, particulièrement, parce que ceux-ci possèdent des caractéristiques susceptibles d'entraîner des renégociations récurrentes³¹¹⁹. Les PPP sont en effet considérés comme des accords commerciaux et financiers d'une certaine complexité s'inscrivant sur la durée, souvent mis en œuvre dans des secteurs hautement réglementés, soumis à de fortes contingences politiques, vulnérables à des changements de circonstances, et partant, baignant dans l'incertitude³¹²⁰.

1205. La renégociation du contrat de BOT ou de certaines de ses clauses apparaît néanmoins comme la modalité d'ajustement la plus controversée voire même contentieuse. Selon M. Guasch, la renégociation intervient lorsque le contrat de concession initial ainsi que son impact financier sont altérés de manière significative et dès lors que de tels changements ne constituent pas le résultat de contingences qui avaient été envisagées par ledit contrat³¹²¹. Ainsi, ne parlera-t-on de renégociation que lorsque des écarts substantiels apparaissent par rapport aux prévisions du contrat initial et entraîne une modification de ce dernier, ce qui distingue la renégociation d'une simple adaptation prévue au contrat³¹²². En ce sens, la renégociation se rapproche de la « théorie pure de la révision » du contrat telle que l'entend M. Jamin pour qui une telle révision « *heurte de front, sans le secours d'une loi ou d'une convention, le principe d'intangibilité du contrat* »³¹²³.

1206. En principe, les hypothèses d'adaptation de leurs droits et obligations que les parties prévoient au contrat³¹²⁴ ne sont pas visées par la notion de renégociation au sens strict. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne les clauses d'adaptation automatique telles les clauses de révision de prix³¹²⁵ ou d'indexation ou relatives à d'autres prestations

³¹¹⁸ En ce sens Cf. J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 71.

³¹¹⁹ Cf. en ce sens J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 44.

³¹²⁰ Ibid.

³¹²¹ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 34.

³¹²² Ibid. Pour l'auteur en effet, « *For example, stated and standard tariffs adjustments resulting from inflation or other stated drivers do not count as renegotiation. Nor do periodic tariff reviews stipulated in a contract, or contingencies (such as significant devaluations) in a contract that induces tariff changes* ».

³¹²³ C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Droit et Patrimoine*, n° 58, mars 1998, p. 47. L'auteur offre une définition de sa « théorie pure de la révision » du contrat qu'il qualifie de conventionnelle et de fonctionnelle (p. 48) et qui consiste à dire que : « (...) *pour heurter de front le principe d'intangibilité du contrat, la révision postule un contrat valablement formé, dont les circonstances autorisent qu'il soit modifié au cours de son exécution, sans pour autant que cette modification, qui n'engendre pas un nouveau contrat, soit le fruit d'un texte spécifique ou d'un accord entre les parties* ». Comp. avec l'hypothèse de « modification spontanée » visée par M. Laithier où l'auteur soutient qu'une telle modification est faite sans clause obligeant les parties à réviser ou à tenter de réviser leur contrat, celles-ci étant alors guidées par la poursuite de leurs intérêts : Y.-M. Laithier, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », op. cit. ainsi que la note 51.

³¹²⁴ Sur ces clauses Cf. J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 240-242 ; *adde* pour un examen récent des débats sur de telles clauses dans les droits de *common law* : Y.-M. Laithier, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », op. cit.

³¹²⁵ Sur de telles clauses Cf. I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 219-221. Nous rejetons cependant la classification opérée par cet auteur qui, au titre de l'adaptation potentielle du contrat par les parties, range, sous ce qu'il qualifie comme étant « les techniques d'adaptation supposant la négociation des parties », la renégociation du contrat considérée comme une « adaptation juridique ».

pécuniaires. On se trouve en effet dans le domaine des évolutions prévisibles des circonstances économiques³¹²⁶. Néanmoins, cette délimitation du domaine de la renégociation ne peut être absolue. A titre d'illustration, l'élaboration des clauses d'adaptation automatique est délicate et suppose que les parties aient non seulement correctement envisagé les risques qu'encourt le contrat mais également qu'elles aient imaginé des mécanismes susceptibles de compenser efficacement la réalisation de tels risques³¹²⁷. Un tel calcul, comme nous l'avons vu, est très difficile dans le cadre de projets BOT fondamentalement marqués par l'incomplétude, d'autant plus que les solutions automatiques peuvent s'avérer rigides et produire des effets contraires à ceux initialement souhaités. En pratique, la renégociation du contrat ou de certaines de ses clauses³¹²⁸ peut avoir des avantages et/ou des inconvénients pour un ou plusieurs des partenaires impliqués dans l'opération³¹²⁹. Ainsi par exemple, si la renégociation peut être un moyen d'inciter au moins un des partenaires à réaliser le niveau « efficace » d'effort ou d'investissement, une telle marge de flexibilité peut néanmoins être utilisée par un partenaire pour nuire aux intérêts de l'autre³¹³⁰.

1207. D'un autre côté, il ne paraît pas toujours aisé de distinguer les renégociations justifiées de celles qui ne le sont pas et, même lorsqu'elles paraissent justifiées, le résultat des renégociations pourrait s'avérer inéquitable parce que celles-ci se déroulent le plus souvent dans un contexte de « monopole bilatéral »³¹³¹. De plus, le résultat des renégociations tendraient à être plus favorables aux partenaires privés possédant de meilleures capacités de *lobbying* au détriment de ceux possédant une expertise technique³¹³². On en a déduit que, dans le cadre du BOT, seul le « rétablissement » de droits contractuels (« reinstate the contract ») pourrait justifier la renégociation du contrat, par exemple l'ajustement des droits de péages ou des redevances ou encore l'extension de la durée de la concession et l'imposition de certaines restrictions³¹³³. Force est alors de constater un rejet de principe de toute renégociation du contrat de BOT (sous-section 1), l'admission d'une telle renégociation étant cantonnée aux seuls cas dans lesquels celle-ci s'avère indispensable (sous-section 2).

³¹²⁶ Cf. en ce sens P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome I, p. 806-807.

³¹²⁷ I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 219.

³¹²⁸ Il convient ici également de faire le départ entre les hypothèses où les parties ont prévu dans leur contrat des clauses de renégociation – ce qui impose que soient déterminés à l'avance les événements susceptibles de déclencher de telles clauses ainsi que le domaine de la renégociation (qui peut par exemple être limité à certaines clauses considérées comme étant devenues inéquitables) – et la renégociation (ou « révision pure ») telle que précisée plus haut.

³¹²⁹ En ce sens Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economics of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision”, in EIB Papers, vol. 15, n° 1, 2010, p. 64. Les auteurs ajoutent que les renégociations peuvent même profiter aux partenaires public et privés au détriment des utilisateurs.

³¹³⁰ Cf. en ce sens E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 167 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

³¹³¹ E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, “The economics of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision” op. cit., p. 64.

³¹³² Ibid.

³¹³³ Y. Xenidis and D. Angelides “The legal risks in Build-Operate-Transfer projects”, op. cit. p. 288: “*This indicates that the only reason for a contractual clause revision, such as adjustment of tolls and tariffs, extension of the concession period and imposition of restrictions, is to ‘reinstall the contract’*”. Pour ces auteurs en effet, une renégociation du contrat ou de certaines de ses clauses est susceptible d'entraîner de nombreuses difficultés pour les partenaires du projet (tels les prêteurs et les promoteurs) qui sont généralement réfractaires à toute modification concernant le schéma financier ou la durée de l'opération.

Sous-section 1 : Le rejet principal de la renégociation

1208. Admettre la renégociation comme étant la règle dans les opérations de BOT, et plus généralement dans les contrats de long terme, serait comme ouvrir une boîte de Pandore. Plus précisément, on considère que la question se pose en termes de politique juridique car, remettre en cause à l'excès le principe de la force obligatoire des contrats serait prendre le risque de détruire à long terme la confiance que les parties ont dans l'institution contractuelle³¹³⁴. M. Bell estime par conséquent que les problèmes principaux que le droit doit en l'occurrence traiter sont ceux de l'adaptation aux changements et la mesure dans laquelle l'une des parties est considérée comme devant supporter la charge de ce changement, plutôt que de chercher un changement dans les clauses organisant les relations contractuelles³¹³⁵. L'admission d'un principe de renégociation est en effet susceptible d'ouvrir la porte à toutes sortes de comportements opportunistes ou stratégiques (I). Dès lors la règle et la pratique vont dans le sens de concevoir des contrats qui réduisent les possibilités de renégociation tout en sanctionnant l'inexécution des obligations contractuelles (II).

I- La possibilité de renégociation comme source de comportements opportunistes/stratégiques – Renvoi

1209. Selon M. Claude Ménard, si la capacité de renégociation peut procurer une incitation à consentir des investissements spécifiques, elle engendre en même temps le risque de comportements opportunistes, susceptibles de produire l'effet contraire³¹³⁶. En effet, faire de la renégociation une règle générale en ce qui concerne le contrat de BOT, sous le prétexte qu'il s'agit d'un contrat incomplet, risque en fait de miner les bases de telles opérations en incitant les partenaires à adopter toutes sortes de comportements opportunistes ou stratégiques³¹³⁷. De tels comportements consistent pour l'un des partenaires à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat³¹³⁸. La discussion paraît alors se ramener à des données morales et économiques, la crainte étant que « la renégociation appelle la renégociation »³¹³⁹.

³¹³⁴ Cf. en ce sens C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », op. cit., p. 53.

³¹³⁵ J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 238. *Contra* B. Frydman, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 155 où l'auteur, critiquant la théorie classique, estime que les révisions sont en pratique inévitables dans toutes les entreprises notamment lorsque la collaboration est appelée à se prolonger durant un certain temps et implique des interactions relativement complexes.

³¹³⁶ C. Ménard, « Imprévision et contrats de longue durée : un économiste à l'écoute du juriste », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 670. Pour l'auteur, il en résulte une tension entre la dimension d'incitation, recherchée par le contrat de longue durée, et sa fonction d'assurance, ce qui aboutit à une difficulté que le juriste traduit en termes de tension entre le juste et l'utile.

³¹³⁷ Cf. la Section III suivante pour des précisions sur ces deux concepts et leur possible interchangeabilité.

³¹³⁸ En ce sens Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 379.

³¹³⁹ Cf. en ce sens Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 226 où l'auteur affirme que la renégociation doit concerner des situations exceptionnelles dans la mesure où elle ne saurait servir de technique d'assurance permettant de couvrir tous les risques du contrat. *Contra* cependant : B. Frydman, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 167 où résumant les lignes fortes du modèle

1210. La question des comportements opportunistes ou stratégiques dans le cadre du BOT fera l'objet d'une analyse approfondie dans la prochaine section. Nous nous bornerons pour le moment à indiquer qu'une solution efficace et effective contre de tels comportements passe aussi bien par un encadrement institutionnel et réglementaire clair et performant que par une bonne conception/rédaction du contrat de BOT réduisant les possibilités de renégociation et par la sanction de l'inexécution de toute obligation contractuelle.

II- La règle générale : conception de contrats réduisant les possibilités de renégociation et sanction de l'inexécution des obligations contractuelles

1211. Le rejet de la renégociation comme règle générale s'explique notamment par son effet potentiellement néfaste sur le caractère contraignant des contrats. Par ailleurs, les renégociations génèrent des coûts – alors même qu'un des inconvénients sus-relevés du BOT est son coût généralement élevé – et sont susceptibles de réduire les gains conjoints attendus pour un des partenaires voire même l'utilité du projet pour ses usagers. Pour ces raisons, certains auteurs ont tenté de concevoir des solutions qui rendraient difficiles voire impossibles les renégociations³¹⁴⁰. Or, on souligne qu'un contrat complet – prévoyant les obligations des parties dans tous les futurs pertinents possibles (ce qui paraît illusoire) – et rigide ne peut être qu'une mauvaise garantie³¹⁴¹. Deux affaires retentissantes tirées de la jurisprudence américaine illustrent ainsi de manière remarquable l'échec de telles tentatives.

1212. Dans une première affaire *Westinghouse* au sujet de contrats de fourniture d'uranium³¹⁴², la société Westinghouse constructrice de centrales nucléaires s'était engagée auprès de ses clients à leur fournir le combustible nucléaire à un prix garanti. Malgré ses estimations *a priori* sérieuses, mais *a posteriori* qualifiées de non-optimales³¹⁴³, une augmentation significative des coûts de l'énergie, aidée par le choc pétrolier des années 1970, a propulsé le prix des combustibles nucléaires au-delà du prix qu'avait garanti Westinghouse. Celle-ci refusa alors de s'exécuter et fut assignée devant les juridictions américaines. Néanmoins, après quelques procédures rituelles devant les tribunaux, les parties parvinrent à renégocier leurs accords³¹⁴⁴.

alternatif proposé par Pierre Livet, l'auteur affirme que l'action commune (tout comme l'action individuelle) est toujours indécise quant à sa portée et essentiellement révisable dans le cours de son exécution.

³¹⁴⁰ Sur une modélisation (théorique) d'une telle solution, Cf. M. Dewatripont, "Commitment through renegotiation – Proof contracts with third parties", 55 Rev. Econ. Stud. 377 (1988) cité par R. Craswell, "The 'incomplete contracts' literature and efficient precautions", op. cit., p. 161-162.

³¹⁴¹ Cf. en ce sens E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 170.

³¹⁴² *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Litig.* 405 F Supp 316 (1975). Pour des commentaires et analyses de cette affaire Cf. Eagan, "The Westinghouse uranium contracts: Commercial impracticability and related matters", 18 Am. Bus. L.J. 281, 282-283 (1980); Joskow, "Commercial impossibility, the uranium market and the Westinghouse Case", 6 J. Legal Stud. 119 (1977); Parisi, "Westinghouse faces hefty financial losses while the case puts Gulf Oil's reputation in peril", N.Y. Times, July, 1978, § 3 at 1, col. 1 cités par S. Macaulay, "An empirical view of contract", in Wisconsin Law Review, 1985, p. 471-472.; *adde*: Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", in California Law Review, vol. 75, n° 6, Dec. 1987, p. 2050-2051 et la note 141; D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 171-172;

³¹⁴³ Cf. Joskow, "Commercial impossibility, the uranium market and the Westinghouse Case", 6 J. Legal Stud. 119 (1977) cité par D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 171.

³¹⁴⁴ Pour MM. Campbell et Harris, "What one imagines happened is that the buyers realized that they could gain no possible advantage from the liquidation of Westinghouse for, as even Joskow recognized, Westinghouse's

1213. Dans la seconde affaire *Aluminium Company of America (Alcoa) v Essex Group Inc.* relative à un contrat portant sur la transformation d'aluminium³¹⁴⁵, les deux sociétés précitées avaient conclu un contrat de transformation d'aluminium pour une durée de seize ans. A la suite d'événements imprévus, notamment le choc pétrolier des années 1970, le contrat devint particulièrement ruineux pour la société Alcoa, malgré la présence de clauses d'indexation sophistiquées. Cette dernière sollicita la révision judiciaire du contrat et, subsidiairement, sa résiliation. Le juge accéda à la demande de révision du contrat et y procéda sur la base des éléments contenus dans le contrat, selon ce qui lui paraissait refléter raisonnablement les risques assumés par chacune des parties. Néanmoins, outre le fait que cette décision a été considérée comme hérétique par la majorité de la doctrine américaine, elle est surtout restée lettre morte, les parties ayant préféré renégocier leur contrat avant la décision d'appel.

1214. Dans la réalité, la renégociation semble un phénomène récurrent dans bon nombre de projets. Ainsi par exemple, une étude empirique d'envergure a démontré l'incidence de certains paramètres d'octroi et de régulation du contrat de concession ainsi que certains termes de ce dernier sur l'éventualité des renégociations³¹⁴⁶. Le tableau ci-dessous reprend et illustre ces données :

pricing and supply policies were designed in good faith to encourage its buyers and thus expand nuclear energy industry": D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 172.

³¹⁴⁵ *Aluminium Company of America v Essex Group Inc.* 499 F Supp 53 (1980). Pour des commentaires et analyses de cette affaire Cf. S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 475-477; *adde*: Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", in *California Law Review*, vol. 75, n° 6, Dec. 1987, p. 2050-2051 et la note 141; D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 172 préc. note 34; Y.-M. Laithier, "L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law", in *Revue des contrats*, 2010, p. 407 et s.

³¹⁴⁶ Cf. J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 16-17 et dont l'étude porte sur près de 1000 contrats de concession octroyés entre 1985-2000 en Amérique latine et dans les Caraïbes. Cet auteur note que, sans surprise, les points récurrents de renégociation concernaient : l'ajustement des tarifs, les obligations d'investissement ainsi que leur échéancier, les composantes de coûts destinées à être automatiquement intégrées dans les tarifs, l'ajustement du montant annuel – généralement basé sur les revenus du projet – dû à l'autorité concédante par le concessionnaire, le changement de base des actifs sur lesquels le taux de retour doit s'imputer et l'extension de la durée du contrat de concession.

Termes/critères du contrat	Incidence sur la renégociation (en%)
Critères d'octroi	
Prix/tarif (du service) le moins élevé	60
Droits concessionnels ³¹⁴⁷ les plus élevés	11
Critères de régulation	
Obligations d'investissement (régulation par les moyens)	70
Indicateurs de performance (régulation par objectifs)	18
Modes de régulation	
Par fixation de prix	42
Par taux de retour (sur investissement)	13
Existence d'un organisme de régulation	
Présence d'un organisme de régulation	17
Absence d'un organisme de régulation	61
Impact du cadre légal et réglementaire	
Cadre fixé par la loi	17
Cadre fixé par un décret (un règlement)	28
Cadre fixé dans le contrat	40

Source: J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 16-17: “Contract features and the incidence of renegotiated concessions in Latin America and the Caribbean, Mid-1980s to 2000”.

1215. Selon M. Guasch, les exploitants invoquaient généralement l’argument de l’altération, par divers facteurs, de l’équilibre financier du contrat de concession pour en solliciter la renégociation tandis que les principaux arguments utilisés par le partenaire public ou étatique étaient relatifs soit à un changement de priorités du gouvernement en place dans le secteur, soit à des préoccupations politiques (souvent liées aux cycles électoraux), soit encore à une insatisfaction liée au niveau et à la vitesse de développement du secteur en cause, soit enfin au non-respect par le concessionnaire des obligations mises à sa charge par le contrat de concession³¹⁴⁸.

1216. Sur un tout autre plan, l’on observe que l’insécurité provoquée par des clauses contractuelles imprécises peut être plus nocive pour un partenaire que la charge de devenir son propre assureur contre les changements de circonstances, notamment lorsqu’il faut compter sur la bonne volonté du cocontractant en cas de renégociation³¹⁴⁹. En conséquence, M. Guasch affirme que concevoir et rédiger un contrat de concession

³¹⁴⁷ Il est important de souligner de que de tels droits, versés par le futur concessionnaire au concédant afin de se voir octroyer la concession, ne concernent que les hypothèses dans lesquelles la concession est relative à des infrastructures existantes. Ils ne sont donc pas susceptibles de s’appliquer dans le cadre du BOT, lequel concerne généralement des projets nouveaux (« greenfield projects ») encore à réaliser.

³¹⁴⁸ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 18.

³¹⁴⁹ Cf. en ce sens J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 242.

performant, de nature à empêcher ou réduire les possibilités de renégociation impose d'y inclure un certains nombres d'éléments³¹⁵⁰ :

- le contrat de concession ne doit être conclu qu'au terme d'une procédure d'attribution de la concession reposant sur une mise en concurrence des candidats et doit être rédigé sans la moindre ambiguïté. Un tel contrat devra clairement définir le traitement des actifs du projet, l'évaluation des investissements, les indicateurs de performance, les procédures et lignes directrices pour ajuster et réviser les tarifs, les critères et conditions d'indemnisation en cas de résiliation du contrat de concession ainsi que les procédures de règlements des différends ;
- le contrat de concession doit comporter des clauses engageant le partenaire public à respecter une politique de non-renégociation sauf dans les hypothèses où les paramètres qui enclencheraient la renégociation sont clairement définis. Par ailleurs, le contrat de concession doit prévoir que le concessionnaire est tenu par l'offre finale telle qu'il l'a faite, ce qui a pour effet de le contraindre à assumer les coûts d'une offre trop « agressive » ainsi que les risques commerciaux liés à une telle offre et, ce, même si une telle obligation entraîne l'abandon de la concession³¹⁵¹ ;
- le contrat de concession doit prévoir une compensation adéquate (y compris des pénalités) pour le concessionnaire dans l'hypothèse d'une modification unilatérale du contrat par le partenaire public ;
- le paiement d'une somme conséquente par le concessionnaire en raison d'une requête de renégociation doit pouvoir être envisagé. Une telle somme serait alors remboursée au concessionnaire si l'issue de la renégociation lui était favorable ;
- une analyse détaillée des offres trop « agressives » – ou à tout le moins des deux premières offres notamment lorsque la différence entre celles-ci est significative – doit être requise avant l'octroi de la concession³¹⁵², cet octroi devant être dans tous les cas précédé de l'émission d'une garantie de performance adéquate par le futur concessionnaire ;

³¹⁵⁰ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 19-20.

³¹⁵¹ Comp. cette solution avec la théorie de la rupture efficace évoquée dans la première partie de cette étude. A ce sujet, M. David Campbell affirme: *“Even if... breach is deliberate, it is not necessarily blameworthy, for the deliberateness may just follow from clarity of thought. I would go further and say that, on the understanding I am seeking to put forward, deliberateness should indicate consciousness of seeking co-operation from the potential claimant”*: D. Campbell, “The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract”, op. cit., 470 adde: F. Gomez, “Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks” in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 35-36 où l'auteur affirme: *“One important source of quasi-rents (returns to an investment that are higher than the return in an alternative use) is the existence of relation-specific investments, and a crucial link to the continuation of the contract is a credible threat by the other party to terminate the relationship if deviating behavior takes place (...) Therefore, in order to make this instrument of relation-specific quasi-rents to work as an incentive mechanism to achieve cooperation in dimensions outside of what can be verified by a court, preserving the effectiveness of the termination weapon seems crucial. Thus, legal restrictions on this important tool to induce cooperation should be used very cautiously”*.

³¹⁵² Si la viabilité financière d'offres agressives paraît hautement suspecte, un mécanisme doit alors être instauré pour disqualifier de telles offres ou alors augmenter de manière significative le montant de la garantie de performance de sorte à l'aligner sur la différence entre les offres.

- les hypothèses de renégociation doivent être conduites dans la plus stricte transparence et, idéalement, par une équipe externe de professionnels dont la mission sera d'assister le partenaire public ou étatique et l'autorité de régulation dans le processus d'analyse et de prise de décision. Par ailleurs, tout ajustement doit être expliqué au public dans les meilleurs délais.

1217. De tout ce qui précède, il appert qu'il est difficile voire impossible en pratique de conclure un accord, notamment de long terme, excluant toute possibilité de renégociation³¹⁵³ d'autant plus que comme l'affirme le Professeur Marcel Fontaine, « *L'avenir est rebelle à toute organisation anticipée trop contraignante* »³¹⁵⁴. De là l'admission de la renégociation mais, dans les seuls cas où celle-ci apparaît indispensable.

Sous-section 2 : L'admission de la renégociation dans les seuls cas indispensables

1218. De manière générale, selon le Professeur Marcel Fontaine, le droit commun des contrats doit permettre la remise en cause du contrat dans des circonstances définies avec une suffisante rigueur³¹⁵⁵. Nous avons toutefois vu qu'en raison de l'incomplétude fondamentale du contrat de BOT, certaines circonstances ne peuvent – voire ne devraient pas – être définies avec une telle rigueur. Pour M. Guasch par exemple, “*Renegotiation should occur only when justified by the initial contract's built-in contingencies or by major unexpected events*”³¹⁵⁶. Il est par ailleurs admis que la renégociation peut en principe constituer un outil vertueux lorsqu'elle vise à remédier à la nature fondamentalement incomplète du contrat de concession : correctement utilisée dès lors, elle peut améliorer les relations entre parties et assurer le succès de l'opération³¹⁵⁷. En résumé, l'admission de la renégociation des contrats de BOT implique en pratique un cantonnement de celle-ci aux seuls cas indispensables. Une telle renégociation pose par conséquent un défi à l'opération BOT car elle doit alors assurer efficience et efficacité *ex post* du projet (I). Essayer de rencontrer ces conditions conduit cependant à admettre que la renégociation n'implique plus nécessairement ni affaiblissement du lien contractuel, ni échec des parties ou de l'opération BOT (II).

I- Le défi des renégociations : assurer efficience et efficacité *ex post* du projet BOT

1219. Le souci d'assurer la continuité du projet peut conduire à l'admission de certaines renégociations dans le cadre des opérations BOT. Ainsi par exemple, la ruine de l'un ou des deux partenaires peut justifier dans certaines circonstances une renégociation. De nombreux auteurs ont toutefois démontré que les risques de rupture ou de renégociation *ex post* du contrat, notamment lorsqu'intervient un événement non spécifié, peuvent conduire les parties à sous-investir, notamment dans les transactions impliquant – comme dans de

³¹⁵³ R. Craswell, “The “incomplete contracts” literature and efficient precautions”, op. cit., p. 162.

³¹⁵⁴ M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit. p. 688 ainsi que la référence à Pitlo citée. Pour l'auteur, le droit des contrats se doit d'incorporer des ouvertures permettant les adaptations nécessaires, ce qui serait la caractéristique de ce que Pitlo appelait un « système ouvert ».

³¹⁵⁵ M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit. p. 691. L'auteur relève que la plupart des systèmes juridiques vont dans ce sens même si les droits français et belge manifestent à cet égard « une étonnante timidité ».

³¹⁵⁶ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 19.

³¹⁵⁷ Ibid.

nombreux BOT – des actifs spécifiques³¹⁵⁸. M. Holmstrom qualifie ce problème comme étant celui de « l'aléa moral dans les équipes » (« moral hazard in teams ») qui se traduit par une situation dans laquelle les investissements de plusieurs parties doivent contribuer au surplus attendu³¹⁵⁹. La question est par conséquent celle d'assurer efficience et efficacité *ex post* du projet lorsqu'interviennent les renégociations et, singulièrement, de déterminer le partenaire qui doit en supporter les coûts et dans quelle mesure. Il se pourrait en effet que la renégociation altère la répartition initiale des risques du projet, surtout si l'on admet l'idée selon laquelle c'est la partie pour laquelle la renégociation est la moins onéreuse qui doit supporter l'augmentation du coût du contrat³¹⁶⁰. Néanmoins, cette idée ne peut en théorie s'appliquer que s'il est démontré que l'augmentation mise à la charge de l'une des parties se trouve compensée par l'accroissement global des « richesses » qu'est censée procurer la poursuite de l'opération dont on aura admis la renégociation, ce qui présente l'avantage de concilier une certaine solidarité avec le souci légitime d'accroissement des « richesses » qui caractérise toute opération BOT³¹⁶¹. Dans cette hypothèse, le repère pour la renégociation peut être, comme nous l'avons déjà évoqué, le point d'équilibre financier de l'opération.

- 1220.** En pratique, une renégociation efficace, relève-t-on, doit viser à amener les parties à quitter une posture de « positionnement » pour une posture d'intérêts bien compris, c'est-à-dire que les parties doivent être amenées à se focaliser non sur leurs intérêts spécifiques mais sur leur intérêt commun qui se traduit dans la réalisation de la finalité du projet³¹⁶². Le succès de la renégociation du contrat d'affermage d'eau au Sénégal, laquelle fut réalisée sous les auspices de la Banque Mondiale est cité comme illustrant cette manière de procéder³¹⁶³. En définitive, lorsque l'objectif avoué de la renégociation du contrat de concession vise la réalisation de l'efficience et de l'efficacité *ex post* du projet BOT, une telle renégociation ne saurait traduire l'affaiblissement du lien contractuel ou encore l'échec des parties ou du projet.

II- La renégociation n'implique pas nécessairement l'affaiblissement du lien contractuel ou l'échec des parties ou du projet BOT

- 1221.** La renégociation est souvent perçue comme un échec, une faiblesse intrinsèque du projet ou des PPP en général. Une telle perception tient au fait que lorsqu'elles sont incorrectement menées, les renégociations sont génératrices de nombreuses difficultés. Elles peuvent en effet engendrer une baisse du niveau des revenus et de la qualité des

³¹⁵⁸ Cf. Williamson (1979); Klein, Crawford and Alchian (1978) cités par P. Aghion, M. Dewatripont, P. Rey, "Renegotiation design with unverifiable information", in *Econometrica*, Vol. 62, n° 2, 1994, p. 257; *adde se* référant aux mêmes auteurs O. Hart and J. Moore, "Incomplete contracts and renegotiation", *op. cit.*, p. 755.

³¹⁵⁹ Holmstrom (1982) cité par P. Aghion, M. Dewatripont, P. Rey, in "Renegotiation design with unverifiable information", *op. cit.*, p. 257. Pour cet auteur, le sous-investissement viendrait alors de ce qu'une des parties ne reçoit pas l'entier retour sur son investissement.

³¹⁶⁰ En ce sens Cf. C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *op. cit.*, p. 53.

³¹⁶¹ *Ibid.* en ce sens. Pour l'auteur (p. 55), le recours à l'article 1134 al. 3 du Code civil participe de la conception générale qui est faite du contrat : à la fois économique (favoriser la solution dont le coût est le moindre) et « solidariste » (favoriser celle qui n'exclut pas l'une des parties du champ contractuel).

³¹⁶² Cf. en ce sens J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, *op. cit.*, p. 45.

³¹⁶³ Pour les détails de cette renégociation, Cf. World Bank, "The dispute resolution process of the Senegal water supply affermage, Draft Final Report", March 2004; Brocklehurst and Janssens, "Innovative contracts, sound relationships: Urban water and sanitation sector reform in Senegal" (January 2004) cités par J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, *op. cit.*, p. 46 préc. note 47.

services (dans ce cas les personnes les plus susceptibles d'en pâtir sont les populations les plus démunies) et se déroulent souvent dans une grande opacité³¹⁶⁴. Par ailleurs, elles sont particulièrement vulnérables aux pratiques de corruption et peuvent dès lors entraîner une méfiance généralisée des populations et des pouvoirs publics quant à la participation du secteur privé à la réalisation d'autres projets publics. Une telle méfiance pourrait à son tour réduire la panoplie d'outils pouvant permettre aux pouvoirs publics de rénover ou de construire leurs infrastructures.

1222. Percevoir de manière générale la renégociation comme un échec ou comme une faiblesse intrinsèque des projets réalisés en PPP semble toutefois être une erreur³¹⁶⁵. En effet, si la renégociation est en pratique un processus délicat, elle apparaît toutefois comme participant de la nature même des accords de long terme – qu'il s'agisse de BOT ou de PPP en général, d'accords commerciaux voire même de mariage – qui doivent affronter conflits et changements et supposent des ajustements pour intégrer de nouvelles informations ou circonstances. Pour le Professeur Fontaine par exemple, l'incidence de la durée sur les relations contractuelles se manifeste par plusieurs caractéristiques dont l'une consiste en ce que les négociations entre parties peuvent parfois se poursuivre tout au long de la vie du contrat à long terme³¹⁶⁶. Dès lors, « *Quand surviennent des perturbations dues à la force majeure ou au bouleversement des circonstances, le contrat aménage des formules de renégociation destinées à rechercher en commun les adaptations nécessaires* »³¹⁶⁷. M. Jeffrey Delmon a alors pu affirmer que: "*Renegotiation is a natural part of most projects and can be a healthy opportunity to adjust the terms of a project to adress the needs of the project and actual circumstances encountered by the parties, to the benefit of the parties and intended beneficiaries of the project*"³¹⁶⁸. On a même pu affirmer plus généralement que l'obligation de renégociation peut apparaître comme un prolongement de l'obligation de coopération³¹⁶⁹. Dans ce contexte, la renégociation peut s'avérer être une opportunité permettant de revivifier le lien contractuel et d'assurer le succès de l'opération (B) ce, d'autant plus que les parties l'auront anticipé en prévoyant des mécanismes ou procédures de renégociation (A).

A- Anticiper et prévoir des procédures et mécanismes de renégociation

1223. Idéalement, la mise en œuvre d'un projet BOT implique que les risques et changements même simplement éventuels aient été, comme nous l'avons vu, anticipés. L'enjeu de la conception de la renégociation implique qu'il est dans l'intérêt des parties d'essayer de contenir dans le contrat initial les implications futures du processus de

³¹⁶⁴ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "Renegotiation without holdup: anticipating spending and infrastructure concessions", op. cit., p. 2.

³¹⁶⁵ En ce sens Cf. J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 45.

³¹⁶⁶ Cf. M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit., p. 683-684; *adde*: S. Macaulay, "The real deal and the paper deal: Empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", op. cit., p. 65 où l'auteur affirme: "*Most simply, if parties are to continue the relationship, this may call for many adjustments of rights and duties over time*"; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 103.

³¹⁶⁷ M. Fontaine, « Contrats à long terme et Code civil européen », op. cit., p. 684. En général, selon l'auteur, la durée rend particulièrement intenses les exigences de bonne foi, engendrant un impérieux devoir de collaboration entre les parties.

³¹⁶⁸ Cf. J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 45.

³¹⁶⁹ J.-J. Barbiéri, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Revue des contrats*, n° 2, avr. 2006, p. 621 et s.

renégociation. Il s'agit alors de définir les règles du jeu, éventuellement applicables en cas de renégociation, de manière optimale et avec beaucoup de clarté³¹⁷⁰. Pour certains auteurs en effet, le problème du sous-investissement qu'implique la possibilité de renégociation du contrat peut être réglé par une rédaction contractuelle adéquate des règles devant gouverner le processus de renégociation³¹⁷¹. Selon ces auteurs, de telles règles, négligées sur le plan théorique, se retrouvent souvent dans la pratique notamment dans les contrats de *joint-venture* – dans lesquels des procédures de sortie d'un partenaire de la *venture* sont établies – ou encore dans les contrats de construction qui prévoient souvent des pénalités *per diem* lorsque certains délais ne sont pas respectés³¹⁷².

1224. Concevoir les règles de renégociation revêt une importance significative dès lors qu'une bonne conception peut permettre que la répartition des risques et la réalisation des investissements soient efficaces. Une telle efficacité pourrait être atteinte lorsque le contrat initial prévoit, d'une part, une option supplétive (« default option ») en cas d'échec de la renégociation ou lorsque celle-ci n'apparaît pas nécessaire, et, d'autre part, octroie l'essentiel du pouvoir d'exécution du contrat à l'une ou l'autre partie³¹⁷³. En pratique, au vu du rôle multidimensionnel du partenaire public dans la mise en œuvre du BOT tel que longuement examiné, celui-ci bénéficie dans une large mesure du pouvoir d'exécution du contrat³¹⁷⁴, d'autant plus qu'il est l'ultime responsable de la réalisation de la finalité de l'opération.

1225. D'un autre côté, la communication entre parties (ainsi que toutes les procédures y relatives) doit faire partie intégrante des paramètres du projet³¹⁷⁵. De même, l'aplanissement des dissensions doit constituer un processus permanent et l'on doit éviter d'attendre la survenance d'une crise pour régler les différends³¹⁷⁶. A titre d'illustration, l'échec de la renégociation d'un projet d'adduction d'eau en Tanzanie en 2004 est cité comme topique d'une situation dans laquelle les parties n'ont pas pu se réunir pour discuter des difficultés du projet dès les premiers signes d'apparition de ces dernières³¹⁷⁷. Selon M. Jeffrey Delmon, la meilleure pratique consistera à identifier les intentions des parties et définir les mécanismes permettant des ajustements en rapport avec les changements de circonstances aux fins de concrétiser ces intentions³¹⁷⁸. De tels

³¹⁷⁰ Pour un modèle économique proposant une telle manière de procéder Cf. O. Hart and J. Moore, "Incomplete contracts and renegotiation", op. cit., p. 757-776.

³¹⁷¹ P. Aghion, M. Dewatripont, P. Rey, "Renegotiation design with unverifiable information", op. cit., p. 257.

³¹⁷² Ibid. p. 257-258 ; *adde* pour une analyse détaillée des clauses de sortie des opérations de *joint venture* : V. Pironon, *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, op. cit., p. 101 et s. ainsi que l'importante bibliographie indiquée à la note 268.

³¹⁷³ Pour une formalisation de ce modèle, Cf. P. Aghion, M. Dewatripont, P. Rey, "Renegotiation design with unverifiable information", op. cit., p. 259-278.

³¹⁷⁴ Pour une étude d'ensemble de ce type de mécanismes de gouvernance en rapport avec le droit anglais notamment, Cf. H. Collins, « Discretionary powers in contracts » in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 219 et s.

³¹⁷⁵ Cf. en ce sens O. Hart and J. Moore, "Incomplete contracts and renegotiation", op. cit., p. 776. Pour ces auteurs par exemple, "It has emerged that the divisions of ex post surplus which can be achieved are very sensitive to the characteristics of the communication mechanism at the parties' disposal – in particular, whether the parties' messages are verifiable or not".

³¹⁷⁶ Cf. J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 47 ainsi que les références citées en note 48. Pour l'auteur, "This involves investing resources in identifying and addressing problems at an early stage so as to avoid those problems' ripening into disputes and forcing participants to make costly and inefficient decisions in later stages".

³¹⁷⁷ Ibid. p. 46.

³¹⁷⁸ En ce sens Cf. J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 47 où l'auteur précise: "Dispute systems implemented into PPP projects increasingly adopt the

mécanismes se doivent d'être à la fois flexibles – ils permettront alors une renégociation adaptée à la difficulté en cause – et suffisamment clairs et formels de sorte à permettre aux parties de soumettre une difficulté à renégociation sans générer de nouvelles frictions quant à la manière d'effectuer une saisine et/ou quant à la structure de la procédure à suivre elle-même³¹⁷⁹. Les dispositions contractuelles régissant la renégociation devraient par ailleurs limiter la possibilité pour les parties d'y recourir à titre dilatoire, en prévoyant par exemple des cas précis susceptibles de déclencher une renégociation et la possibilité de faire recours, après une période plutôt brève, à un mécanisme de résolution de différends dont les décisions obligent les parties et enclenchent d'autres mécanismes subséquents³¹⁸⁰.

1226. Plus concrètement, la pratique des contrats internationaux a développé un certain nombre de mécanismes et procédures permettant la renégociation, notamment dans les hypothèses d'une évolution imprévisible des circonstances économiques. Tel est notamment le cas des clauses de force majeure et de *hardship*³¹⁸¹. Néanmoins, dans la mesure où le BOT repose essentiellement sur la répartition des risques déjà longuement analysée et où ces risques peuvent notamment provenir d'événements relevant des notions classiques de force majeure ou de *hardship*³¹⁸², il ne nous paraît pas indispensable de développer ces notions outre mesure dans le cadre de la présente étude. En fin de compte, même s'il est admis que la renégociation ne doit pas nécessairement aboutir à un accord, elle est tout de même une opportunité de revivifier le lien contractuel et d'éventuellement assurer le succès de l'opération.

B- La renégociation comme opportunité de revivifier le lien contractuel et d'assurer le succès du projet BOT

1227. « La révision du contrat est une façon parmi d'autres (cession, adaptation, modification) de faire vivre le contrat, au lieu de constater sa mort à la première difficulté que rencontre sa réalisation »³¹⁸³ d'autant plus, précisons-le, qu'il s'agira d'un contrat de longue durée tel le contrat de BOT. Ainsi, et à condition qu'elle ait été anticipée et bien menée comme sus-exposée, la renégociation peut en réalité constituer une opportunité pour les partenaires au projet BOT d'améliorer leur accord et de réaliser la finalité du projet. En effet, parce que l'environnement du projet change et que les relations entre partenaires évoluent, il peut s'avérer nécessaire en vue d'assurer le succès du projet d'adapter les conditions (économiques notamment) du contrat en conséquence. Certains auteurs affirment en effet que: *“In many contracts, the need for co-operation and adaptation in order to achieve efficient production and competitiveness can only be met by contracts that are incomplete by design supplemented by implicit obligations of co-*

latest technology in early dispute identification, communication, elevation and resolution. The popularity of partnering in the construction industry is a good example”.

³¹⁷⁹ Ibid.

³¹⁸⁰ Ibid.

³¹⁸¹ Sur cette pratique, V. notamment U. Draetta, « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », in RDAI, n° 3/4, 2002, p. 347-358 ; *adde* : P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome I, p. 807- 808 ainsi que toutes les références citées page 807.

³¹⁸² Cf. en ce sens U. Draetta, « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », op. cit., p. 354-355. Pour l'auteur en effet (p. 355) : « Dans le cas du projet financing, en conclusion, il semble que la notion classique de force majeure et de *hardship* soit remplacée par une notion de « risk evaluation » et de « risk allocation » qui ne suit pas une logique abstraite, mais la force contractuelle (la « bargaining position ») des différentes parties ».

³¹⁸³ H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 357.

operation and protection of reasonable expectations”³¹⁸⁴. Pour Mme Frison-Roche par exemple, l’économie générale du contrat – en l’espèce la finalité du BOT – est non seulement considérée comme une directive d’interprétation, mais peut également entraîner soit l’anéantissement d’une obligation, contraire à cette économie, soit l’engendrement d’une obligation non prévue par les parties mais objectivement nécessaire à la bonne exécution du contrat³¹⁸⁵. Selon l’auteur, une considération directe de la situation économique en elle-même consisterait à poser que le souci d’exécution praticable et satisfaisante des engagements contractuels doit conduire à changer les termes du contrat lorsque le contexte économique a été modifié entre le temps de la formation et le temps de l’exécution, principe qui semble admis par l’arbitre international en tant que usage du commerce international³¹⁸⁶.

1228. A l’analyse selon M. Lamberterie, la question semble être celle de trouver un point d’équilibre entre, d’une part, la « sécurité des contrats » et une certaine stabilité de ceux-ci indispensable sur le plan économique et, d’autre part, la défense des co-contractants qui subissent les conséquences des bouleversements économiques imprévisibles³¹⁸⁷. Pour l’auteur, trouver un tel point d’équilibre implique de s’appuyer sur le fondement même de la force obligatoire des contrats, et un élément de solution peut être trouvé à l’alinéa 3 de l’article 1134 du Code civil qui requiert une exécution de bonne foi des conventions et entraîne une obligation positive de collaboration³¹⁸⁸ (sous-entendue comme induisant la renégociation). Cette opinion est vigoureusement défendue par M. Jamin qui affirme que l’article 1134 du Code civil précité recèle une double philosophie, laquelle est particulièrement révélée par l’étude de la renégociation³¹⁸⁹. Bien plus, selon M. Ost,

³¹⁸⁴ D. Campbell and H. Collins, “Discovering the implicit dimensions of contracts” in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 47-48; *adde*: D. Campbell and D. Harris, “Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation”, op. cit., p. 170.

³¹⁸⁵ Cf. en ce sens, M.-A. Frison-Roche, « Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l’économie*, op. cit. p. 50. Pour l’auteur, la notion d’économie générale du contrat, récemment admise par la jurisprudence judiciaire (Cf. l’arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation française du 15 fév. 2000 cité), qui incite le juge à prendre en considération la façon dont l’accord peut concrètement s’exécuter, est familière au droit administratif.

³¹⁸⁶ *Ibid.* *Adde* : Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, op. cit., p. 103: « *Le dynamisme du contrat international exige que les parties se prêtent à la négociation à tout moment. Le devoir de loyauté débouche ici sur une obligation de coopération accrue* » ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 225 où l’auteur relève que si, sur le plan technique, la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative ne sont pas en opposition formelle – dans la mesure où le Conseil d’Etat accorde l’indemnité et ne révisé pas directement le contrat – sur le plan économique, l’opposition est grande. Selon l’auteur en effet, tandis que le contractant de droit privé dont l’obligation devient onéreuse en supporte seul le poids par le jeu de l’indemnité, le co-contractant de l’administration est pour une part libéré de la charge consécutive au bouleversement de l’économie du contrat. Pour l’auteur, « *on peut parler d’un désir de résoudre la crise du contrat par une formule de collaboration des contractants* ».

³¹⁸⁷ I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd’hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 227.

³¹⁸⁸ *Ibid.* (C’est l’auteur qui souligne « sécurité des contrats »).

³¹⁸⁹ Cf. C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l’article 1134 du Code civil », op. cit., p. 49-50. Pour l’auteur, « *La façon dont nous percevons aujourd’hui la bonne foi nous incline au contraire à penser qu’elle justifie la modification du contrat au cours de son exécution. (...) Si la force obligatoire du contrat était le garant de la bonne foi au moment de la discussion du Code civil, la bonne foi m’apparaît aujourd’hui être le garant de cette force obligatoire. Après avoir primé l’alinéa 3, l’alinéa 1^{er} pourrait bien aujourd’hui être primé par cet alinéa 3* ».

admettre que le contrat puisse s'accommoder, le cas échéant, « *de la renégociation de certaines de ses clauses – l'inscrire, pour tout dire, dans une temporalité mobile et évolutive – ce n'est pas porter atteinte à sa force performative (on veut dire à sa capacité d'engendrer l'avenir), c'est, bien au contraire, le ramener à ses conditions de réussite* »³¹⁹⁰. Pour Mme Muir Watt, il y a d'ailleurs un certain infléchissement des jurisprudences nationales quant à l'incidence de l'indétermination du contenu contractuel sur la validité de celui-ci, une diversification des « remèdes » en cas d'inexécution et même la reconnaissance embryonnaire d'une véritable obligation de renégocier de bonne foi un contrat devenu excessivement onéreux pour l'une des parties³¹⁹¹.

1229. M. Ost va au-delà du constat d'une obligation de renégocier simplement embryonnaire et affirme que comportements déloyaux et volonté abusive de se retrancher derrière la lettre de l'accord pour se soustraire à l'obligation de renégocier un contrat devenu insupportable pour le débiteur peuvent désormais être sanctionnés³¹⁹². Cet auteur conclut que l'inachèvement dont témoigne l'imperfection du contrat appelle une élaboration progressive de ses prévisions, et le cas échéant un ajustement de ses termes³¹⁹³. Ceci paraît nous rapprocher de l'objectivité qui, sous un angle pragmatique, est contextuelle³¹⁹⁴. En effet, une telle objectivité ne perd pas sa normativité dès lors qu'au vu des éléments dont nous disposons, nous ne sommes pas libres d'émettre n'importe quel jugement³¹⁹⁵. Agir autrement serait adopter un comportement opportuniste/stratégique, lequel est d'autant plus condamnable qu'il s'appuiera sur une situation créée *ex ante* en contemplation d'une possibilité d'ajustement *ex post*.

³¹⁹⁰ F. Ost, « Temps et contrat – Critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 147.

³¹⁹¹ H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 177.

³¹⁹² F. Ost, « Temps et contrat – Critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 151 ainsi que la référence à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 3 novembre 1992 confirmant un arrêt de la cour d'appel de Paris condamnant une compagnie pétrolière pour n'avoir pas coopéré avec son distributeur agréé dans la renégociation du prix d'achat des carburants, lequel prix ne laissait plus de marge bénéficiaire à ce dernier. De même l'auteur relève que se fondant sur les articles 26 et 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, lesquels stipulent une exécution et une interprétation de bonne foi des traités, la Cour internationale de justice de La Haye a déduit une obligation de renégocier le traité – plutôt que d'en consacrer la rupture – lorsque les circonstances en ont modifié les données. Une décision de la Cour rendue le 25 septembre 1997 dans un litige opposant la Hongrie à la Slovaquie illustre cette approche pragmatique des choses. *Addé* : B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 174 où l'auteur affirme qu'une évolution se dessine, de manière prudente mais nette, qui substitue à l'idée de la convention-loi immuable celle de conventions adaptables et révisables en permanence. Par conséquent ce dernier suggère (p. 178) d'apprécier la portée des obligations conventionnelles, au-delà de l'interprétation du texte de la convention, dans le cadre élargi d'une théorie de l'action contractuelle.

³¹⁹³ F. Ost, « Temps et contrat – Critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 153.

³¹⁹⁴ P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 216.

³¹⁹⁵ Ibid. L'auteur se réfère essentiellement à l'objectivité de position telle que développée par M. Amartya Sen qu'il cite et qui affirme : « *L'objectivité de position, à partir de ma propre situation, est exactement la notion d'objectivité qui est relevante ici. Mes attentes peuvent être systématiquement révisées dès lors que de nouvelles informations émergent ; mais, à chaque fois, j'essaie d'être objectif au regard de mes raisons de croire telle ou telle chose à ce moment-là* » : A. Sen, « Positional objectivity », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, n° 3, p. 141.

SECTION III : LES COMPORTEMENTS OPPORTUNISTES/STRATÉGIQUES LIÉS À LA POSSIBILITÉ D'AJUSTEMENTS EX POST

1230. L'analyse juridique contemporaine semble avoir changé, ou à tout le moins élargi, son cadre de référence dans la mesure où, après s'être essentiellement focalisé sur les termes du contrat, l'intérêt de l'ordre juridique s'étend de nos jours au comportement des parties contractantes, sans toutefois que l'un soit exclusif de l'autre³¹⁹⁶. Mme Muir Watt relève ainsi que les « comportements des contractants » jouent un rôle important dans l'interprétation du contrat comme dans l'appréciation des fautes ou la mise en œuvre des sanctions et que le juge du contrat a recours à des outils souples – tels l'abus de droit, la bonne foi dans l'exécution, ou encore la proportionnalité – par le biais desquels il peut contrôler les jeux de pouvoir « opportunistes » liés à la durée du contrat³¹⁹⁷. Dans les opérations de BOT en effet, la possibilité ou l'éventualité de réaliser *ex post* des ajustements vient renforcer la survenance de comportements opportunistes ou stratégiques parfois déjà latents dans ce type de projets.

1231. Précisons d'emblée qu'en raison du calcul d'autoprotection qu'ils imposent, MM. Mackaay et Rousseau affirment que, comportement stratégique (asymétrie de pouvoir) et comportement opportuniste (asymétrie d'information) sont généralement considérés comme des synonymes, même si les moyens à envisager pour contrer l'un ou l'autre de ces comportements peuvent être très différents³¹⁹⁸. C'est donc en tant que synonymes et alternativement que ces concepts sont employés dans la présente étude. Potentiellement présents dans toutes les transactions, les comportements opportunistes ont été stigmatisés par l'économiste américain Oliver E. Williamson qui affirmait que : « *Par opportunisme, j'entends une recherche d'intérêt personnel qui comporte la notion de tromperie. Cette dernière inclut les formes les plus apparentes telles le mensonge, le vol et la tricherie. Mais elle ne se cantonne pas à ces extrêmes et l'opportunisme implique plus souvent des formes plus subtiles de tromperie* »³¹⁹⁹. Cette définition initiale du Professeur Williamson a été par la suite affinée et, plus récemment, MM. Mackaay et Rousseau ont défini les comportements opportunistes comme des comportements qui consistent pour un des contractants à modifier, par la ruse ou par la force, à son avantage et au détriment de l'autre, la répartition des gains conjoints du contrat que chaque partie pouvait normalement envisager au moment de la conclusion du contrat³²⁰⁰. En cela, les comportements opportunistes se distinguent de la recherche d'un simple intérêt personnel³²⁰¹. Dans le cadre du BOT de tels comportements, sous différentes formes,

³¹⁹⁶ En ce sens Cf. S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002, p. 67 ; adde pour une étude plus systématique : B. Fages, *Le comportement du contractant*, Aix-Marseille, PUAM, 1997, préf. J. Mestre.

³¹⁹⁷ H. Muir Watt, « Du contrat "relationnel". Réponse à François Ost », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 177-178 ainsi que la référence à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 20 janvier 1998 citée (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

³¹⁹⁸ Cf. E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 379 (c'est nous qui soulignons).

³¹⁹⁹ O. E. Williamson, *The Economic institutions of capitalism*, The Free-Press, New-York, 1985, p. 47 ; *Les institutions de l'économie*, InterEditions, 1994, préf. de M. Ghertman, traduit par R. Coeudero et E. Maincent, p. 70.

³²⁰⁰ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 379.

³²⁰¹ Cf. en ce sens S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, op. cit., p. 60. Pour cet auteur, trois niveaux peuvent être distingués dans la recherche d'un intérêt personnel : (i) le degré le plus élevé se traduit par l'opportunisme ; (ii) le degré intermédiaire consiste en la recherche d'un simple intérêt personnel et est fondé sur une négociation sincère ; (iii) le degré inférieur, pratiquement nul, viserait l'obéissance et correspond à la situation dans laquelle les agents économiques identifient leur intérêt personnel avec les objectifs imposés par la hiérarchie.

peuvent être le fait tant du partenaire public que des partenaires privés (sous-section 1). Considérés comme nuisibles à l'intérêt général³²⁰², les comportements opportunistes ou stratégiques doivent être non seulement prévenus mais également et surtout combattus (sous-section 2) dans l'intérêt de la réussite du projet.

Sous-section 1 : Identification et manifestations des comportements opportunistes dans le cadre du BOT

1232. La récurrence des renégociations dans le cadre de projets d'envergure inscrits sur la durée peut constituer un signe traduisant la recrudescence de comportements opportunistes de la part des partenaires impliqués dans de tels projets. Dans le cadre de projets BOT, ces comportements opportunistes, qui se manifestent sous des formes variées, peuvent tantôt émaner du partenaire public (I), tantôt être le fait de partenaires privés (II). Nous puiserons l'essentiel des formes et illustrations de tels comportements dans l'importante étude empirique menée par M. Guasch et déjà longuement citée.

I- Les comportements opportunistes émanant du partenaire public

1233. Dans l'étude empirique qu'il a menée sur près de 1000 contrats de concession en Amérique Latine et dans les Caraïbes, M. Guasch relève que près de 30% des cas de renégociations sont le fait du partenaire public, lequel se comporte souvent de manière opportuniste et ne respecte pas les clauses du contrat³²⁰³. Le partenaire public force alors la renégociation parfois en abaissant unilatéralement les tarifs ou prix convenus ou en refusant de les augmenter conformément aux prévisions contractuelles³²⁰⁴.

1234. La recherche de rente – notamment de la part du régulateur (« regulatory rent seeking ») éventuellement chargé de surveiller un secteur d'activités – peut motiver une conduite opportuniste de la part du partenaire public. Un tel comportement peut alors se traduire par la recherche de gains politiques, d'avantages personnels ou professionnels, ou encore par la corruption : en échange d'une « récompense » quelconque, le régulateur pourra altérer au profit des partenaires privés et aux dépens des contribuables et usagers, soit les termes du contrat, soit la manière dont il sera exécuté³²⁰⁵. Pour certains auteurs, les renégociations initiées par le partenaire public et prenant leur source dans des préoccupations politiques peuvent, en dehors des hypothèses de corruption ou d'incompétence des autorités publiques, être motivées par un souci de réélection³²⁰⁶. On

³²⁰² A. K. Dixit, *Lawlessness and economics – Alternative modes of governance*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 1 cité par E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 379.

³²⁰³ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 40.

³²⁰⁴ Ibid.

³²⁰⁵ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 293 ainsi que la référence à l'affaire de la Lyonnaise des eaux à Grenoble et les auteurs ayant reporté de nombreux cas de corruption dans plusieurs projets.

³²⁰⁶ Cf. E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "Renegotiation without holdup: anticipating spending and infrastructure concessions", Yale University Cowles Foundation Discussion paper n° 1567, disponible sur <http://papers.ssrn.com/abstract=912303>, p.1-2. S'appuyant sur les renégociations ayant eu lieu dans le secteur autoroutier chilien, ces auteurs formalisent un modèle dont ils déduisent que certains gouvernements, par crainte de perdre les élections, initient souvent des renégociations de contrats de concession. De telles renégociations leur permettent alors d'augmenter les investissements courants en infrastructures – dont le remboursement différé se fait par des conditions avantageuses accordées au concessionnaire et se traduit sous la forme soit d'une augmentation des tarifs, soit d'une extension de la durée du contrat de concession, soit encore par des impôts futurs – en contournant les contraintes de la procédure budgétaire normale ou des restrictions budgétaires

constate de la même manière que les comportements opportunistes émanant des partenaires privés prennent des formes variées.

II- Les comportements opportunistes émanant des partenaires privés

1235. La faiblesse du cadre institutionnel et réglementaire régissant les opérations BOT peut conduire les partenaires privés à adopter des comportements stratégiques s'ils s'aperçoivent de la possibilité voire même de la probabilité de renégocier le projet en cours de réalisation. En effet, dans la mesure où la plupart des projets BOT concernent des infrastructures ou services publics dont l'Etat d'accueil est tenu d'assurer la continuité, la tentation de capture (« hold-up ») de cet Etat ou du régulateur du secteur par les partenaires privés est forte et parfois constatée³²⁰⁷.

1236. En pratique, la capture repose sur une stratégie bien élaborée des partenaires privés. En effet, ceux-ci possèdent généralement aussi bien des capacités et aptitudes à réaliser le projet que des informations sur celui-ci. Dès lors, ils peuvent très précisément évaluer deux paramètres aux fins de soumissionner une offre : la possibilité (voire les probabilités) de renégociation et leurs propres capacités de renégociation³²⁰⁸. Si ces deux évaluations sont positives, les partenaires privés soumissionneront l'appel en surévaluant ou en sous-évaluant leur offre (en fonction des critères de l'appel d'offre). Un tel agissement renforce leurs chances de gain de l'offre et, si tel est le cas, ils renégocieront ensuite avec le partenaire public après la conclusion du contrat aux fins d'obtenir des conditions contractuelles plus avantageuses³²⁰⁹.

1237. D'un autre côté, l'asymétrie d'information entre les partenaires privés et le partenaire public, généralement au détriment de ce dernier, conduit souvent les partenaires privés, par anticipation d'un éventuel opportunisme de leur cocontractant, à tenter de taire des informations pertinentes pour l'opération afin de préserver leur rente future³²¹⁰. Ainsi par exemple, on a constaté que l'asymétrie d'information intrinsèque quant aux coûts de l'opération entre les partenaires privés – singulièrement l'exploitant – et le partenaire public ou le régulateur du secteur est une source de demandes opportunistes de renégociation³²¹¹. De telles demandes sont alors fondées sur une prétendue altération de

éventuellement imposées par les institutions financières internationales et à l'abri des critiques des partis d'opposition (les renégociations étant généralement secrètes).

³²⁰⁷ En ce sens Cf. J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latina America », op. cit., p. 4. Pour Amanda J. Perry la capture de l'Etat ou du régulateur (« state capture ») « *refers to the ability of the private sector to use 'illicit and non transparent private payments to public officials' in order to shape the creation of laws* ».

³²⁰⁸ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 35; *adde*: J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latina America », op. cit., p. 4.

³²⁰⁹ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 35-37. Pour l'auteur (p.35) : « *This approach distorts the competitive process, because the winning operator may be the one most skilled in renegotiation or the one more optimistic about its likelihood, rather than the one most efficient – particularly if the government cannot credibly commit to a policy of no renegotiation – as it is intended* ». L'auteur ajoute (p. 37): « *With the other competitors gone, renegotiation occurs in a noncompetitive atmosphere, and the operator and the government engage in bilateral renegotiation. In such negotiations governments are often in a disadvantage position that grants significant leverage to the operators to improve their positions (capture more rents) relative to their original bids* ».

³²¹⁰ Cf. en ce sens J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latina America », op. cit., p. 7.

³²¹¹ Cf. en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 41.

l'équilibre financier de l'opération³²¹². C'est alors la viabilité globale de l'opération qui peut être mise en cause. Pour cette raison, les comportements opportunistes doivent être prévenus et, le cas échéant, traités.

Sous-section 2 : Prévention et traitement des comportements opportunistes

1238. La crainte d'être victimes de comportements opportunistes amène généralement les contractants à prendre des mesures préventives visant à éviter toute spoliation. Toutefois, l'on a relevé que chaque contractant ne pourra entreprendre que des actions préventives dont le coût pour lui est inférieur à la réduction du coût du risque qu'elles engendrent, en précisant par exemple mieux le rapport afin de repousser la possibilité que le vide soit exploité de manière opportuniste³²¹³. Or, en raison de la nature fondamentalement incomplète du contrat de BOT sus-analysée, une précision totale n'est pas possible. A cela, s'ajoute le fait que les opportunistes potentiels peuvent toujours accroître leur subtilité au regard des précautions prises. Par ailleurs, on a relevé à juste titre que les écarts de loyauté sont rarement visibles *ex ante*³²¹⁴. Il faut donc également prévoir de remédier aux comportements opportunistes lorsque les mesures préventives n'ont pas suffi à les contenir. La diversité des comportements opportunistes suggère une panoplie tout aussi diversifiée de réponses. Dans le cadre du BOT, la prévention et le traitement des comportements opportunistes impliquent une double action à savoir appliquer en amont des stratégies et solutions de nature institutionnelle et réglementaire (I) et en aval des stratégies et solutions contractuelles (II).

I- Les stratégies et solutions de nature institutionnelle et réglementaire

1239. L'importance générale du cadre institutionnel et réglementaire dans la mise en œuvre de projets BOT a été longuement examinée plus haut (Cf. *supra* n^{os} 189 à 202 et 1134 à 1147). Un tel cadre participe également de la prévention et du traitement des comportements opportunistes qui se manifestent parfois dans de tels projets. La performance des contrats – et cela ne surprend guère – dépend du cadre institutionnel dans lequel ils sont mis en œuvre, notamment lorsqu'il s'agit de contrats incomplets³²¹⁵. Dans de nombreux pays en développement notamment, il est apparu que les renégociations (opportunistes) sont légion en raison de l'absence d'un cadre institutionnel adéquat capable d'assurer une parfaite exécution des contrats³²¹⁶. Certains auteurs ont ainsi affirmé que le choix d'un type de contrat ou de modalités de réalisation de projets publics devrait s'accorder avec les capacités de régulation de l'Etat d'accueil desdits projets³²¹⁷.

³²¹² Ibid.

³²¹³ E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 379.

³²¹⁴ O. E. Williamson, *Les institutions de l'économie*, préf. De M. Ghertman, InterEditions, 1994, p. 86, cité par S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, op. cit., p. 242.

³²¹⁵ En ce sens Cf. E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 167.

³²¹⁶ Cf. en ce sens J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latina America », op. cit., p. 6. Par comparaison ces auteurs estiment que la bonne qualité du cadre institutionnel et réglementaire dans les pays développés relève *a priori* le problème de la renégociation dans l'ordre du secondaire.

³²¹⁷ Cf. en ce sens Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 289.

1240. Par ailleurs, le résultat d'importants travaux empiriques déjà cités et menés par M. Guasch a démontré qu'un cadre institutionnel et réglementaire adéquat entraîne moins de renégociations³²¹⁸. Cet auteur a par conséquent recensé un certain nombre de solutions institutionnelles qui ont fait leur preuve dans la prévention et le traitement des comportements opportunistes³²¹⁹. Ainsi par exemple préconise-t-il que :

- l'octroi de la concession se fasse uniquement sur la base d'un processus compétitif – et non sur la base de négociations ou d'un accord de gré à gré – et après que le contrat ait été sérieusement mis au point et revu, de même que les offres et qualités des candidats doivent faire l'objet d'un examen approfondi ;
- un cadre institutionnel et réglementaire adéquat soit mis sur pied avant l'octroi de la concession et que l'agence de régulation, éventuellement installée, jouisse d'une autonomie et d'un pouvoir de contrôle suffisants dans l'application de la réglementation, ce qui lui permettrait d'assurer tant une application stricte de ladite réglementation qu'une lutte contre tout opportunisme politique. Par ailleurs, les interactions entre les modes de régulation financière de la concession – par fixation de prix ou par taux de retour sur investissement – doivent être parfaitement comprises et, notamment, leur rapport avec la répartition des risques ainsi que leur influence sur la renégociation doivent être maîtrisés. De plus, la réglementation technique doit être adaptée aussi bien aux informations requises du concessionnaire qu'aux risques existants, le concessionnaire devant notamment être soumis non à des obligations d'investissement mais à des obligations de performance sous forme d'objectifs ;
- un cadre comptable approprié soit mis en place qui permette de répertorier tous actifs, droits et obligations relatifs au projet de sorte à éviter toute ambiguïté dans le traitement comptable des coûts, investissements, actifs, revenus, transactions avec des tiers, frais de gestion et autres variables financiers et opérationnels.

1241. La fréquence des renégociations opportunistes, émanant notamment des partenaires privés, a fait dire par certains auteurs qu'une veille permanente des autorités publiques est essentielle, à travers précisément un régulateur fort et compétent dont il faut par ailleurs éviter la capture³²²⁰. La capture du régulateur se traduit généralement par les difficultés qu'éprouvent celui-ci à défendre les intérêts publics face aux acteurs privés en raison notamment d'une dépendance asymétrique du régulateur vis-à-vis de ces acteurs privés³²²¹. Une régulation adéquate suppose toutefois que le régulateur dispose de l'autorité, de l'expertise et des ressources nécessaires, ce qui implique que les Etats attirent et professionnalisent des équipes, notamment par des conditions salariales et de travail qui permettent de retenir des experts internationaux suffisamment longtemps de

³²¹⁸ Cf. J. L. Guasch, J.-J. Laffont, S. Straub, « Renegotiation of concession contracts in Latina America », op. cit., p. 29.

³²¹⁹ Cf. J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 20-21.

³²²⁰ En ce sens Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 292 ainsi que toutes les références relatives au projet d'adduction d'eau de Buenos Aires citées.

³²²¹ Ibid. Un des moyens de lutter contre la capture de l'Etat ou du régulateur consisterait à impliquer la société civile dans les projets car leur vigilance augmente les coûts de toute tentative de capture : Cf. Amanda J. Perry, "The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches", op. cit., p. 306.

sorte à permettre une formation d'experts locaux³²²². Bien plus, on a estimé que le statut du régulateur doit être fixé dans une loi et non simplement dans un texte à caractère réglementaire aisément modifiable³²²³. De même, la régulation de la rémunération des partenaires privés devrait idéalement être assise sur une modulation du retour sur investissement et non sur le jeu des tarifs/prix du service³²²⁴.

1242. Pour certains autres auteurs, une autre solution contre les comportements opportunistes consisterait à instituer une agence indépendante chargée de mener d'éventuelles renégociations, ce qui aurait pour avantage de priver, notamment un gouvernement, de faire usage de la renégociation à des fins politiciennes dans la mesure où une telle agence n'internalise en principe pas les coûts (y compris les avantages) de la renégociation³²²⁵. Il convient par ailleurs de combattre la recherche de rente par le régulateur (éventuel) dont les causes peuvent se trouver notamment, soit dans une trop grande proximité avec les partenaires privés, soit encore en raison de l'opacité et de l'absence de structures de gouvernance, soit enfin dans une disparité entre salaires publics et salaires privés³²²⁶. Par conséquent, mis à part le renforcement des ressources du régulateur et des réglementations de lutte contre la corruption, les mesures préventives paraissent essentielles à l'exemple de la prohibition d'une grande proximité entre les équipes de régulation et les partenaires privés, l'alignement des salaires de ces équipes sur ceux octroyés dans le secteur privé, ou encore la mise en œuvre de programmes de formation et de codes de conduite³²²⁷.

1243. Les stratégies et solutions de nature institutionnelle et réglementaire sus-présentées ne sont toutefois pas suffisantes à contenir tous les comportements opportunistes susceptibles de se manifester lors d'une opération BOT. De fait, toute solution purement institutionnelle paraît insuffisante car il faudrait alors des institutions parfaites c'est-à-dire, d'une part, capables de garantir une parfaite transparence de l'information entre les parties et, d'autre part, susceptibles d'assurer une répression systématique des comportements opportunistes³²²⁸. Or, le cadre institutionnel et réglementaire, même performant et flexible, apparaît souvent moins dynamique et parfois moins précis, d'où la nécessaire complémentarité de stratégies et solutions contractuelles.

³²²² Cf. Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 292. Ces auteurs ajoutent: "*Government may increase regulatory capacity by providing guidelines, implementing training programs, and developing indicators and standards for economic and sustainable performance. Setting up knowledge centers on PPPs (...) may help create a level playing field between regulators and private parties*".

³²²³ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 91 (c'est nous qui soulignons).

³²²⁴ Ibid p. 91. L'auteur précise, tout en les analysant (p. 113-115), qu'il y a des avantages et des inconvénients tant à la régulation par les tarifs qu'à la régulation par le retour sur investissement. Selon lui toutefois, "*(...) one could argue that rate-of-return regulation should be favored in developing countries when choosing among regulatory regimes particularly for concessions that require significant amounts of investments, despite that fact that overseeing that regulation effectively requires higher information levels*".

³²²⁵ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "Renegotiation without holdup: anticipating spending and infrastructure concessions", op. cit., p. 14.

³²²⁶ Joop F. M. Koppenjan and B. Enserink, "Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability", op. cit., p. 293.

³²²⁷ Ibid.

³²²⁸ En ce sens Cf. E. Brousseau, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle* (Etudes offertes à Jacques Ghestin), op. cit., p. 165.

II- Les stratégies et solutions contractuelles

1244. Selon Mme Lebreton le comportement opportuniste qui « *biaise la relation contractuelle par l'apparition de pratiques et d'attitudes à la limite de la légalité* » se situe dans la manière de conclure le contrat, mais aussi dans la manière de l'exécuter³²²⁹. Il en est résulté une distinction entre l'opportunisme *ex ante* et l'opportunisme *ex post*³²³⁰. Il convient par conséquent d'envisager les stratégies et solutions contractuelles selon qu'elles s'appliquent aux comportements opportunistes *ex ante* (A) et aux comportements opportunistes *ex post* (B).

A- Les stratégies et solutions contractuelles applicables aux comportements opportunistes *ex ante*

1245. Dans l'hypothèse de comportements opportunistes *ex ante*, un négociateur opportuniste désirant aboutir à la signature du contrat le plus intéressant pour lui, sera tenté de tourner le contexte de la négociation et d'adopter un comportement empreint de ruse, empêchant dès lors la réalisation d'une réelle coopération. Pour Mme Lebreton de tels comportements entre des parties qui ne disposent pas du même accès à l'information impliquent la formulation de *menaces* ou de *promesses*, souvent *fausses*, dans l'espoir d'en retirer un avantage personnel³²³¹.

1246. Une des premières stratégies contractuelles préconisées dans le cadre du BOT consiste à rejeter toute précipitation dans la mise en œuvre du projet et notamment dans l'octroi de la concession. Il ressort en effet de l'observation de la pratique que si la mise en œuvre rapide de projets d'envergure peut permettre de conclure de nombreuses transactions, l'issue de telles transactions est généralement insatisfaisante pour les parties³²³². Nous n'insisterons donc jamais assez sur la consubstantialité des études préalables de faisabilité à la réalisation de tout projet BOT.

1247. Il a été indiqué ci-dessus que les partenaires privés s'appuient souvent sur l'altération de l'équilibre financier de l'opération pour demander une renégociation opportuniste du contrat de concession. Pour M. Guasch, la description tant des circonstances que des conditions d'applicabilité de la clause de l'équilibre financier de l'opération doit être effectuée dans le contrat de concession – en énumérant le plus possible les contingences spécifiques – et revêt une importance cruciale dans la lutte contre des agissements opportunistes tendant à obtenir une augmentation des tarifs³²³³. Ici, le rôle des conseillers financiers du partenaire public s'avère crucial en vue de déterminer les différents paramètres permettant de définir de la manière la plus précise possible l'équilibre financier de l'opération. Bien plus, les critères d'octroi du contrat de concession ont un rôle essentiel dans la lutte contre les comportements opportunistes. Aussi a-t-on constaté que le critère d'octroi basé sur l'offre du prix de service le plus bas augmente les chances

³²²⁹ S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, op. cit., p. 58 ainsi que la référence à la thèse de E. Allix-Desfautaux citée.

³²³⁰ Ibid. ainsi que la référence à Williamson citée.

³²³¹ Ibid (C'est l'auteur qui souligne dans le texte). L'auteur ajoute que de tels comportements relèvent d'un « abus pour arranger » les termes contractuels à l'avantage d'un seul, maximisant ainsi ses gains individuels.

³²³² Cf en ce sens J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 20.

³²³³ Ibid. p. 41.

de renégociations opportunistes³²³⁴. De même aucune obligation d'investissement de la part du concessionnaire ne devrait être prévue au contrat, mais plutôt un ensemble d'objectifs (en termes quantitatifs ou qualitatifs) à atteindre³²³⁵. Selon M. Guasch qui se réfère au cas du projet de la concession aéroportuaire d'El Callao au Pérou, "*stating directly the outcomes those investments ought to produce is much better and more efficient. That directness is usually easy to measure and oversee and is nonconflictive*"³²³⁶. Nous avons au demeurant analysé les mesures de "contrôlabilité" intrinsèques au BOT – tels les indicateurs de performance – qui permettent d'en renforcer l'exécution optimale.

1248. D'un autre côté, il est proposé de prévoir au contrat de concession, la possibilité pour le régulateur de recourir à toutes voies de contrainte légale, y compris par astreintes, pour obtenir du concessionnaire tous documents et informations relatifs à l'exploitation de l'infrastructure et utiles à l'exécution de sa mission³²³⁷. Sur le même plan, le contrat de concession doit prévoir et reprendre (ceci devant être en outre préalablement inscrit dans le cadre institutionnel comme nous l'avons vu) les obligations et méthodes comptables à la charge du concessionnaire de sorte à permettre une vue exacte de l'ensemble des opérations d'exploitation³²³⁸. Il peut cependant arriver que toutes ces stratégies et solutions contractuelles aménagées *ex ante* ne permettent pas d'empêcher la survenance de comportements opportunistes, d'où l'utile complémentarité des solutions et stratégies contractuelles *ex post*.

B- Les stratégies et solutions contractuelles applicables aux comportements opportunistes *ex post*

1249. Lorsque les comportements opportunistes se réalisent après la conclusion du contrat, singulièrement lors de son exécution, il s'agira de comportements opportunistes *ex post*. Ceux-ci se traduisent alors essentiellement par le manquement par l'un des partenaires à ses obligations contractuelles. Il convient de rappeler d'emblée que les modalités de fixation du principe de l'équilibre financier de l'opération se déterminent *ex ante* et ne devraient par conséquent pas être l'objet d'un marchandage *ex post* dans le but de décharger l'opérateur de ses risques commerciaux normaux³²³⁹. Selon M. Guasch en effet, "*The financial equation set by the winning bid should always be the reference point, and the financial equilibrium behind that bid should be restored in the event of renegotiation or adjustment*"³²⁴⁰. Afin d'éviter tout comportement opportuniste, il est par exemple préconisé de ne faire jouer, le cas échéant, que les seuls événements qui avaient été

³²³⁴ Ibid. p. 91. Selon l'auteur (p. 99) : "*Tariffs are "soft" anchors for concession awarding. They are vulnerable because they constitute a parameter that, at least every so often, automatically appears at the table for modifications and review, even in the best of circumstances, and at that opportunity if not before, it can be subject to modifications, compensation, and rent extraction*".

³²³⁵ Ibid. p. 92. Pour l'auteur, "*That approach avoids the problem of measuring investment, manipulation of transfer fees, and proper use of investment*".

³²³⁶ Ibid. p. 109.

³²³⁷ Ibid. p. 127-128. L'auteur relève ainsi que: "*As obvious as these requirements might seem, plenty of concession contracts have failed to provide those details and rights and have led to a protracted conflict between operator and regulator seeking to obtain relevant information adversely impacting regulatory oversight. Without that explicit mandate legally grounded in the concession contract, the operator, as experience has shown, will be unwilling to provide the relevant information in the proper format*".

³²³⁸ Ibid. p. 129.

³²³⁹ J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 106.

³²⁴⁰ Ibid. p. 107 : "*Renegotiation should not be used to correct for mistakes in bidding or for overly risky or aggressive bids*".

contractuellement prévus comme pouvant déclencher une modification des tarifs, l'ampleur d'une telle modification devant également être précisée³²⁴¹.

1250. Selon M. Bell par ailleurs, l'opportunisme trouve des limites lorsqu'il est nécessaire de demander (en cours d'exécution du contrat) l'approbation d'une personne indépendante, architecte ou ingénieur³²⁴². La bonne pratique consistera par conséquent à faire recours à un tiers indépendant – c'est en partie le rôle de l'ingénieur/expert indépendant déjà envisagé mais également de certains mécanismes permanents de résolution de différends parfois mis en œuvre dans le cadre de projets BOT (V. *infra* n^{os} 1286 à 1288) – dans toutes les situations impliquant potentiellement des comportements opportunistes. D'un autre côté, les procédures prévues pour toute renégociation doivent être suivies le plus rigoureusement possible. De plus, lorsque des clauses de pénalités ont été contractuellement prévues (voire des astreintes imposées), celles-ci doivent être effectivement appliquées, notamment en ce qui concerne les informations que doit fournir le concessionnaire au régulateur dans le but de permettre à ce dernier d'exécuter sa mission³²⁴³.

1251. En définitive, les effets de l'incomplétude du contrat de BOT paraissent tels que seule une coopération active entre les partenaires peut garantir le succès de l'opération. En effet, toutes les stratégies et clauses sophistiquées que nous venons d'examiner paraissent en réalité supplétives de la défaillance de la coopération entre partenaires. La coopération apparaît ainsi comme un fondement crédible du succès du BOT.

SECTION IV : LA COOPÉRATION ACTIVE COMME FONDEMENT CRÉDIBLE DU SUCCÈS DE L'OPÉRATION BOT

1252. Il pourrait paraître naïf de poser en règle que la coopération est le fondement crédible du succès de l'opération BOT. Pétition de principe diront certains, d'autant plus que selon M. Gomez, la question centrale qui subsiste dans les réseaux de contrats (« contract networks »), et de manière générale dans les échanges économiques, est celle de la nécessité de créer un cadre favorable au développement des voies et moyens visant à encourager et maintenir la coopération entre différents partenaires³²⁴⁴. D'aucuns peuvent par ailleurs s'interroger sur l'intérêt de fonder le succès du BOT sur la coopération alors qu'un tel succès pourrait s'expliquer par des raisons pratiques. C'est cependant ne pas tenir compte de la richesse et de la puissance du concept de coopération, lequel exige notamment qualité et pérennité. Or, la qualité (ou l'optimalité) et la pérennité des rapports

³²⁴¹ Ibid. p. 107. Sur les éléments considérés par l'auteur comme clés et à prendre en compte éventuellement lors de la rédaction de la clause contractuelle de révision du prix de la concession, V. p. 110-111.

³²⁴² J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 241 (c'est nous qui soulignons).

³²⁴³ En ce sens Cf. J. L. Guasch, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, op. cit., p. 128.

³²⁴⁴ Cf. en ce sens F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 21. L'auteur relève toutefois (p. 25) que malgré tous les obstacles (« multidimensionality of behaviour, uncertainty surrounding actions and outcomes, long-term character, influence of future contingencies, investments by the parties that can enhance, maybe very significantly, the value of the interaction, but with a high degree of specificity, and thus, subject to the risk of extortionary renegotiation or hold-up ») que peut rencontrer la coopération et tous les appels à l'intégration verticale pour les surmonter, les opérations de long terme ainsi que les réseaux contractuels sont en croissance aussi bien dans les pays développés que dans les pays en développement.

contractuels nous semblent être privilégiées dans le cadre du BOT, invitant chaque partenaire à rechercher la plus grande efficacité pour son cocontractant, d'où une obligation de coopération active. Parlant d'un des plus grands projets BOT connus à ce jour dans le monde – le projet Eurotunnel –, un auteur a affirmé : « (...) *This is a project that condemned its participants to cooperate with each other* »³²⁴⁵. Une telle affirmation ne semble pas être démentie à ce jour, malgré les multiples péripéties – parfois graves – qu'a connues ce projet.

1253. Plus profondément, la coopération paraît consubstantielle au contrat de sorte que les praticiens ont été conduits à se servir du dynamisme de cette notion comme moyen pratique de revitaliser le contrat et comme support de la sécurité juridique de leurs transactions³²⁴⁶. Aussi, certains auteurs n'ont pas hésité à dire que l'esprit de coopération constitue une nouvelle étape de l'évolution des contrats, succédant à celle de la recherche de l'équilibre des prestations³²⁴⁷. C'est ainsi par exemple que M. Ost, suivi en cela par de nombreux auteurs, relève à juste titre que, plutôt que de cristalliser une improbable volonté figée dans un seul instant de l'accord initial, la tendance contemporaine tend à déployer un espace de délibération et un champ de pratiques qui, tant en amont qu'en aval de l'accord, contribuent à en préciser le sens – un sens finalisé (cas justement du BOT) par l'esprit de collaboration qui est la règle fondamentale de l'institution contractuelle³²⁴⁸. Règle fondamentale de l'institution contractuelle en effet, la coopération entraîne des gains mutuels pour les partenaires, ce qui en renforce l'efficacité (sous-section 1). Elle ne traduit toutefois pas une vision idyllique des rapports entre partenaires du projet puisqu'elle n'est pas exclusive de sanctions, ce qui en assure l'effectivité (sous-section 2).

³²⁴⁵ Sir A. Morton, "The greatest toolgate in the World", in IBL, January 1996, p. 6-7. L'auteur rappelle à cet effet que "*The keys, in short, to the great Tunnel project were – apart from the management of a workforce of thousands: (i) comprehension – of where the other party was coming from; (ii) tolerance – of other people's culture; (iii) insistence – that is pacta sunt servanda and (iv) stamina in all above*".

³²⁴⁶ En ce sens Cf. F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 739 ainsi que la référence au Doyen Carbonier citée en note 17.

³²⁴⁷ Cf. en ce sens Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 232 ainsi que la référence à J. Mestre citée ; *adde* : F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 739-740 où l'auteur remarque que l'affirmation de l'autonomie de la coopération a été pénible et hésitante, notamment en raison du rayonnement du très grand principe général de bonne foi qui a longtemps contraint le devoir de coopération à vivre dans l'ombre.

³²⁴⁸ F. Ost, « Temps et contrat – Critique du pacte faustien » in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 165-166. Pour l'auteur, la relative incertitude des intentions de départ, l'inachèvement principiel des mots et des actes, loin de conduire à l'imperfection de la convention, justifient une attention plus grande accordée à son exécution concrète ainsi qu'une obligation évolutive de collaboration qui en raffermissent les promesses. *Adde* : F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 264 où l'auteur affirme que l'exigence de coopérer, qui est de l'essence même du contrat en tant que facteur d'union ou de rapprochement, est également considérée comme principe régulateur et moralisateur des transactions ; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 19 où l'auteur affirme que l'obligation de coopération s'impose aussi bien au créancier qu'au débiteur ; I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 227 où l'auteur fonde la coopération sur l'exigence d'exécution de bonne foi des conventions portée à l'article 1134 al. 3 du Code civil ; D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", op. cit., 472 : "*As the complexity of projects increases, it becomes increasingly difficult to specify contractual obligations at the time of the agreement, and provision for explicit co-operation in the modification of broadly defined obligations must be made* » ; F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 740 où l'auteur précise que dans le contrat la coopération a vocation à s'imposer comme principe général de droit.

Sous-section 1 : L'efficacité de la coopération est assurée par la réalisation de gains mutuels pour les partenaires

1254. L'économie comme le droit paraissent fondamentalement viser la création des possibilités de coopération et de coordination des actions et donnent par conséquent une dimension inévitablement collective aux possibilités de l'action, même individuelle³²⁴⁹. A un degré de généralité élevé, une telle dimension collective ne saurait surprendre car elle se retrouve dans la constitution de toute connaissance véritable par la raison théorique. D'un autre côté, l'essence d'un concept pratique – en l'espèce la coopération – réside dans la présence de l'altérité qui étend à autrui cette capacité de nous détacher de nous-mêmes. Par ailleurs, savoir allier analyse rationnelle et jugement instinctif semble la clé du succès de projets et d'organisations de toute nature : le BOT ne semble nullement échapper à cette logique. En conséquence, appréhender la coopération – et surtout les gains mutuels qui en résultent – à travers une analyse rationnelle pour ensuite la confronter à la réalité nous paraît une démarche utile pour assurer tant la compréhension que l'établissement des contours de cette notion que nous considérons comme étant un fondement crédible du succès du BOT. Dans un premier temps par conséquent, nous proposerons un modèle théorique des conditions de la coopération et des gains mutuels qu'entraînerait celle-ci pour les partenaires à une opération BOT (I). L'abstraction qu'entraîne un tel modèle constitue toutefois une quête de règles d'action de sorte que, dans un deuxième temps, celui-ci devra être confronté aux réalités de ce type d'opérations (II).

I- Un modèle théorique : conditions et gains mutuels liés à la coopération

1255. Nous avons vu dans la première partie de cette étude qu'en raison de la multitude d'intervenants et d'outils – économiques, financiers et juridiques notamment – le BOT (en tant qu'il s'appuie sur le *project financing*) constitue un cadre idéal d'interactions. Ceci nous a permis d'y appliquer un modèle de jeux « mixtes », plus précisément celui du dilemme du prisonnier (Cf. *supra* n^{os} 517 à 520). L'intérêt en est que la complexité de la réalité fait de la modélisation d'une interaction une aide précieuse pour mieux comprendre ladite réalité³²⁵⁰. Ceci est d'autant plus vrai que l'on considère que la difficulté qui naît d'une action collective tendant à la production d'un bien public – toujours au sens de bien commun (« collective good ») – peut être analysée comme un dilemme du prisonnier avec plusieurs joueurs³²⁵¹. Il s'agit ici de rapporter de manière simplifiée le dilemme du prisonnier au BOT à travers une modélisation des gains mutuels susceptibles d'émaner de la coopération entre partenaires (A). Toutefois, le jeu simple du dilemme du prisonnier permet à chaque joueur de ne prendre qu'une seule décision, de même que le jeu n'est joué qu'une seule fois. Or, parce que le BOT s'inscrit sur une longue durée, il s'assimile plutôt à un jeu de « longue haleine » tel que synthétisé par M. Robert Axelrod (Cf. *supra* n^{os} 522 à 524). Il conviendra donc ensuite d'examiner les conditions de l'émergence de la coopération dans un « jeu de longue haleine » (B).

³²⁴⁹ Cf. en ce sens P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 219.

³²⁵⁰ En ce sens Cf. R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 19; *adde* Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2012. Cet auteur applique le jeu du dilemme du prisonnier aux contrats de long terme.

³²⁵¹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 28 ainsi que la référence à G. Hardin citée.

A- Modélisation des gains mutuels découlant de la coopération entre partenaires

1256. Une opération de BOT peut dans une certaine mesure être considérée comme un monopole bilatéral, surtout dans les hypothèses de renégociation qui peuvent l'affecter³²⁵². Elle se prête ainsi superbement bien à l'analyse à travers le jeu du dilemme du prisonnier : Supposons en effet un projet BOT mettant en présence ses partenaires principaux, à savoir l'Etat d'accueil (EA) et les promoteurs du projet (PP). Chacun des deux partenaires a investi 1000 € dans le projet ; 200 € sont conservés en liquide pour les besoins en fonds de roulement de la société du projet. Si le projet fonctionne normalement jusqu'à son terme, les partenaires auront un retour sur investissement de 5%. En d'autres termes, si les deux partenaires coopèrent pour la bonne marche du projet, ils pourront récupérer la pleine valeur de leur mise de départ plus 5% d'intérêt, soit un total de 1050 € pour chacun. Supposons qu'à un certain moment, EA décide de ne plus coopérer (par exemple à la suite d'une nationalisation) et de retirer la totalité des 200 € en liquide. Le projet doit alors être arrêté et les PP ne recevront rien. La situation contraire aboutit au même résultat. Si à la suite de la mésentente, les deux partenaires décident de retirer en même temps l'argent liquide, chacun obtiendra au mieux 100 €.

1257. Les gains possibles ou les fonds récupérés, selon le cas, sont reportés sur la matrice ci-dessous :

		PP	
		Coopération	Refus de coopérer
EA	Coopération	PP obtient 1050 € EA obtient 1050 €	PP obtient 200 € EA obtient 0 €
	Refus de coopérer	PP obtient 0 € EA obtient 200 €	PP obtient 100 € EA obtient 100 €

1258. Nous pouvons constater que les deux partenaires au projet BOT sont dans une meilleure situation si aucun d'entre eux n'essaie de retirer son argent, mais si tous deux coopèrent pour la bonne marche du projet. Ils pourront ainsi recevoir à terme 1050 € chacun. En effet, si l'Etat d'accueil (EA) décide de maintenir ses fonds et de coopérer pour la bonne marche de l'opération, la meilleure stratégie pour les promoteurs du projet (PP) est de faire la même chose. Inversement, si les PP maintiennent leurs fonds et décident de coopérer pour la bonne marche du projet, la meilleure stratégie pour EA est de faire la même chose.

³²⁵² E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economics of infrastructure finance: Public-private partnerships versus public provision" op. cit., p. 64. Pour cette raison justement, ces auteurs estiment que même lorsqu'elle est justifiée, une renégociation du contrat de BOT peut donner des résultats inéquitables.

1259. On a observé que le dilemme du prisonnier est un cas de figure intéressant en ce qu'il constitue ce point instable où on peut osciller entre la stratégie basée sur l'intérêt individuel et la coopération d'intérêt collectif³²⁵³. Plus précisément, le dilemme du prisonnier est un jeu où les deux parties, en suivant de manière indépendante leur intérêt personnel, obtiennent un niveau de bien-être plus faible que si elles avaient pu mettre sur pied un scénario commun, en se menaçant au besoin de représailles en cas de déviation par rapport à la stratégie convenue³²⁵⁴. Cette menace de représailles participe de la dynamique de la coopération et fait partie des conditions qui en commandent l'émergence.

B- Les conditions d'émergence de la coopération dans un jeu de « longue haleine » à l'instar du BOT

1260. Le jeu simple du dilemme du prisonnier tel qu'il vient d'être appliqué permet à chaque joueur de ne prendre qu'une seule décision, d'autant plus que le jeu n'est joué qu'une seule fois. Or, il a déjà été observé que dans la mesure où le BOT est une opération de longue durée, il s'assimile plutôt à un jeu de « longue haleine » tel que décrit par M. Axelrod. Pour cet auteur en effet, un nombre indéfini d'interactions conduit à l'émergence de la coopération, la seule question étant celle des conditions précises, nécessaires et suffisantes pour faire émerger une telle coopération³²⁵⁵. A ce propos, M. Axelrod affirme que la coopération peut émerger quand les joueurs sont susceptibles de se revoir à l'avenir et dès lors qu'ils attachent un intérêt suffisant aux jeux futurs³²⁵⁶. Il faut alors que les incitations pour une coopération mutuelle sur le long terme soient supérieures aux incitations pour une défection à court terme³²⁵⁷. Dans ces circonstances, il n'y a pas de stratégie optimale indépendante de celle de l'adversaire³²⁵⁸ de sorte que le jeu devient stratégique par essence³²⁵⁹. Toutefois, si une interaction prolongée dans la durée est une condition nécessaire pour faire émerger la coopération, elle n'est cependant pas suffisante. Encore faut-il qu'il y ait de la réciprocité ou du « Tac-au-Tac » (ou encore du donnant-donnant)³²⁶⁰. Appliquée dans des conditions appropriées, la réciprocité ou la stratégie du

³²⁵³ Cf. P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 170.

³²⁵⁴ En ce sens Cf. J. E. Stiglitz, C. E. Walsh et D. Lafay, *Principes d'économie moderne*, 3^{ème} édition (3^{ème} tirage 2009), op. cit., p. 293. Pour Bénicourt et Guerrien, il convient de se demander si des comportements individuels qui aboutissent à un tel résultat si peu satisfaisant – pour le joueur comme pour le théoricien – sont « vraiment » rationnels : E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 136-137.

³²⁵⁵ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 11.

³²⁵⁶ Ibid. p. 15; *adde* dans le même sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2008. Pour l'auteur, “Many parties, motivated by the prospect of future interactions, would develop patterns of cooperative adjustment despite their inability to renegotiate the risks assignments”; Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, op. cit., p. 30: “(...) Many factors found in relations – for example, the need for future cooperation – create high levels of interdependence in which the interests of each party become the interests of other parties”; R. Hardin, *Collective action*, John Hopkins University Press, 1982 cité par P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 168; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 106 pour qui la fréquence des rapports entre parties est importante de sorte que les contrats à exécution successive favorisent le développement de l'esprit de coopération.

³²⁵⁷ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2027: “The lower the returns from evasion relative to cooperation, the greater the probability of a cooperative equilibrium. Conversely, when the temptations to defect (and associated “sucker payoffs”) are greater, the prospect of mutual conflict increases”.

³²⁵⁸ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 11.

³²⁵⁹ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2025.

³²⁶⁰ Sur la réciprocité de la coopération, Cf. F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 277-279.

« Tac-au-Tac » semble en effet susceptible de générer la coopération même entre des partenaires aux intérêts antagonistes³²⁶¹. La stratégie du « Tac-au-Tac » paraît solide et se traduit en une combinaison de quatre caractéristiques : la gentillesse doublée de la « provocabilité » (la gentillesse permet d'éviter des confrontations inutiles tandis que la « provocabilité » permet la confrontation si nécessaire), la revanche (permet des représailles), le pardon (aide à restaurer la coopération) et l'intelligibilité (assure la cohérence)³²⁶². L'ensemble de ces caractéristiques permet à cette stratégie de conduire à une parfaite réciprocité dans différentes relations.

1261. Bien plus, dans le cadre d'un jeu de longue haleine, M. Axelrod suggère aux joueurs quatre règles susceptibles de renforcer la coopération³²⁶³ à savoir :

- éviter d'être envieux car l'envie conduit généralement à la tentation de récupérer l'avantage obtenu par l'autre joueur (ainsi par exemple, une société qui se fournit auprès d'une autre doit s'attendre à ce que le succès de cet échange repose sur une marge bénéficiaire pour le fournisseur : il n'y a alors pas lieu d'envier un tel profit – ceci nous ramène à la question de la légitimité du profit des partenaires privés dans le cadre du BOT examinée *supra* n^{os} 1102 et s.) ;
- ne pas être le premier à faire défection ;
- appliquer la réciprocité aussi bien à la coopération qu'à la défection ;
- éviter de jouer au plus rusé (« faire le malin ») notamment en raison de l'« effet réflexe » d'une telle attitude.

1262. Il résulte de ces « règles » de coopération que l'exigence de coopération est plus qu'une nécessité socio-économique et semble d'abord être un moyen d'éducation ou de « dressage » des comportements des contractants qui doivent conjuguer leurs efforts pour se procurer mutuellement la satisfaction escomptée et, au besoin, chaque partie doit dompter ses appétits égoïstes pour tenir compte de l'intérêt du partenaire, que procure son engagement³²⁶⁴. Par ailleurs, posséder une réputation de coopérer de manière conditionnelle paraît un antidote efficace contre le problème de baisse du niveau de coopération qui surgit à l'approche de la fin du jeu car dès lors qu'une partie peut choisir son partenaire sur la base de sa réputation, celle-ci devient importante tant pour le présent que pour le futur³²⁶⁵.

1263. A l'analyse, le comportement coopératif peut résulter d'un contrat de BOT pour lequel les parties s'engagent et que chacun peut faire respecter. Assurer un tel respect peut se faire par exemple grâce au monitoring sus-analysé ou par le biais de pénalités ou autres dommages-intérêts payables par celui qui ne respecte pas le contrat, c'est-à-dire celui qui décide d'adopter un comportement non coopératif. On a toutefois estimé que, ni la théorie économique néoclassique, ni la théorie des jeux ne permettent de résoudre des problèmes concrets ou de faire des prédictions ou des recommandations en rapport avec la vie réelle³²⁶⁶. Nous ne partageons nullement cette opinion et sommes au contraire d'avis que

³²⁶¹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 22; *adde* dans le même sens A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 66. Pour cet auteur en effet, il s'agit d'une stratégie de coopération conditionnelle qui permet notamment à celui qui l'adopte de faire comprendre à l'autre qu'il peut compter sur sa bonne volonté mais pas au point de l'exploiter sans limites.

³²⁶² R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 54 et 69.

³²⁶³ Pour une analyse détaillée de ces règles Cf. R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 109-123.

³²⁶⁴ Cf. en ce sens F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 296.

³²⁶⁵ En ce sens Cf. Robert E. Scott, « Conflict and cooperation in long-term contracts », op. cit., p. 2034.

³²⁶⁶ E. Bénicourt et B. Guerrien, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, macroéconomie et théorie des jeux*, op. cit., p. 152.

la théorie des jeux coopératifs peut constituer un outil pertinent d'analyse de la vie réelle dès lors que le modèle utilisé prend une texture et des nuances réalistes³²⁶⁷. La prise en compte des réalités du BOT nous paraît confirmer dans une large mesure le modèle théorique³²⁶⁸.

II- Prise en compte des réalités et nuances de l'opération BOT : l'art de mêler utilité et rentabilité

1264. Si les conditions de la coopération et la modélisation des gains mutuels qui en émanent offre une vision limpide de l'intérêt qu'il y a à coopérer, on observe cependant qu'un trait caractéristique de toutes les théories est qu'elles limitent leurs référentiels et qu'elles sont réductionnistes³²⁶⁹. Les représentations abstraites de la théorie économique, une fois mises à l'épreuve des réalités du BOT, peuvent alors être soit inadaptées, soit révéler une tension. Pour le Professeur Robert E. Scott en effet, la répartition (initiale) des risques et les ajustements éventuels du contrat sont d'une interaction forte et fréquemment conflictuelle, ce qui impose que l'on se préoccupe simultanément de la question de la répartition des risques et de celle des ajustements³²⁷⁰. Une telle préoccupation découle du fait, paradoxal, de vouloir réduire l'incertitude alors qu'on ne souhaite pas l'éliminer de la vie en général³²⁷¹ ou même, singulièrement, du BOT puisqu'elle en est dans une certaine mesure le moteur³²⁷². L'incertitude apparaît en effet inéliminable en ce qu'elle porte sur la volonté d'autrui, car si l'on pouvait se fonder sur ses seuls intérêts, un calcul automatique permettrait que les décisions soient facilement prises³²⁷³.

1265. Ni une texture ouverte, ni la résolution extra-judiciaire des différends ne paraissent suffire à assurer stabilité et équilibre à un rapport contractuel de long terme. Encore faut-il en effet que chaque partie évite d'adopter un comportement opportuniste et de maximisation de ses intérêts et prenne une attitude coopérative quant à l'exécution de ses obligations et celles de son partenaire³²⁷⁴. Une description plus réaliste d'une telle coopération s'impose par conséquent (par référence à la méthode de l'analyse économique du droit proposée par MM. MacKaay et Rousseau, ceci correspond à peu près à la troisième étape de l'analyse c'est-à-dire celle de l'augmentation du réalisme de l'analyse Cf. *supra* n° 472). En effet, c'est très rarement que les partenaires annoncent clairement leur décision de ne pas coopérer et, il peut même arriver qu'une action coopérative soit mal comprise par un partenaire³²⁷⁵. En l'espèce, la confrontation du modèle théorique de la coopération à la réalité du BOT peut en effet susciter une tension, notamment entre la rentabilité que recherchent les partenaires privés et l'utilité du projet que vise le partenaire

³²⁶⁷ Cf. en ce sens Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2030.

³²⁶⁸ Cette confirmation devra en tout état de cause être vérifiée empiriquement.

³²⁶⁹ En ce sens Cf. P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 220; *adde*: S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 468: "Academic writers often make individualistic assumptions. Their theories rest on worlds of discrete transactions where people responds to calculations of short-term advantage".

³²⁷⁰ En ce sens Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2007.

³²⁷¹ Cf. en ce sens F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, op. cit., p. 238.

³²⁷² La rémunération des partenaires privés comme nous l'avons analysée ne trouve sa légitimité que dans un risque effectivement pris et assumé.

³²⁷³ En ce sens Cf. P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 176.

³²⁷⁴ Cf. en ce sens D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 173-174.

³²⁷⁵ Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2031.

public, tension constatée par exemple dans le cadre du projet Eurotunnel³²⁷⁶. Toutefois, la coopération telle qu'envisagée ici n'implique nullement une identité d'intérêts des partenaires et devrait même, dans une certaine limite, comprendre des intérêts antagonistes³²⁷⁷. Bien plus, on a également relevé que le monde réel n'est pas supposé correspondre à un monde dans lequel toutes les obligations sont satisfaites et que la coopération résultant du dilemme du prisonnier est une obligation en ce qu'elle découle du choix le meilleur, mais elle est aussi une obligation en ce que son application reste soumise à incertitude, condition pour qu'elle se réalise³²⁷⁸.

1266. Dans le fond, le rapport entre partenaires est susceptible de se poursuivre aussi longtemps que ceux-ci estimeront qu'une telle poursuite est plus avantageuse qu'une rupture, ce qui implique que chaque partenaire ait confiance dans l'intention de coopérer de l'autre³²⁷⁹. En effet, la réussite d'une opération BOT implique au départ un processus d'apprentissage entre partenaires. Or, l'apprentissage revêt un aspect positif en ce qu'il peut permettre aux parties de devenir de meilleurs partenaires, de tirer des gains mutuels de leur coopération et, partant, de réaliser la finalité du projet³²⁸⁰. Les fondements de la coopération découlent en réalité aussi bien de la nature de la coopération elle-même en tant que norme de comportement applicable à tous les partenaires³²⁸¹ que du contrat en tant qu'instrument de gains mutuels comme nous l'avons vu³²⁸². L'exigence de coopération, a-t-on affirmé, permet, à un certain degré d'abstraction et de généralisation, de sauvegarder la justice contractuelle et d'assurer l'utilité du contrat pour chacune des parties³²⁸³. Par ailleurs, au fur et à mesure que les partenaires disposeront d'informations, ils peuvent procéder à certaines évaluations. La coopération est en effet également un moyen de perfectionnement du contrat³²⁸⁴. Les partenaires peuvent, d'une part, effectuer une sorte d'analyse coûts-bénéfices régulière – par exemple par le biais du monitoring longuement évoqué – afin de s'assurer que rentabilité et utilité du projet correspondent à

³²⁷⁶ On a ainsi affirmé que : “Eurotunnel sits at the centre of a complex web of contracts and potential conflicts between the widely accepted general interest (eg on matters of safety and security) and the need to maintain financial viability”. Cf. J. Naslin, “A completely new legal experience” in IBL, January, 1996, p. 9.

³²⁷⁷ En ce sens Cf. D. Campbell and D. Harris, “Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation”, op. cit., p. 181; *adde* : Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 101-102 où l'auteur indique que le devoir de coopération n'implique aucun sacrifice particulier mais entraîne notamment une certaine loyauté entre parties.

³²⁷⁸ P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 175.

³²⁷⁹ Ceci implique alors que la coopération n'est jamais donnée, mais toujours conditionnelle et entraîne par conséquent une incertitude inéliminable : P. Livet, « Obligation et théorie des jeux », in *L'obligation*, APD, tome 44, op. cit., p. 175.

³²⁸⁰ Cf. en ce sens K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, op. cit., p. 687. Ces auteurs précisent toutefois qu'un autre aspect de l'apprentissage peut être stratégique dans la mesure où les partenaires privés apprennent à tirer avantage de l'incomplétude contractuelle en usant de leur position de monopole, de l'asymétrie d'information ou encore de réseaux politiques.

³²⁸¹ Pour M. Diesse, c'est une norme de comportement liée à la vie en société, qui s'impose aux individus dans leur commerce et exige de chacun le respect des droits, des biens et des intérêts d'autrui, de ceux avec qui on est en affaire principalement : F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 261, préc. note 11 ; *adde* : A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 68 qui relève que la coopération conditionnelle qui résulte du jeu coopératif est en accord avec le principe de réciprocité, règle de comportement relativement courante et bien acceptée dans nos sociétés.

³²⁸² Il est ainsi précisé que la coopération est par définition exigée aussi bien du débiteur que du créancier, dans les contrats synallagmatiques comme dans les engagements unilatéraux, avant et pendant la formation du contrat aussi bien que lors de son exécution et au moment du litige : F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 741.

³²⁸³ F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 263.

³²⁸⁴ Ibid. p. 297.

leurs prévisions initiales et que la répartition de cette « valeur » correspond à leurs attentes³²⁸⁵. De telles évaluations peuvent ainsi permettre de procéder, comme nous l'avons vu, à des ajustements aux fins d'optimalité. D'un autre côté, il n'est pas exclu que chaque partenaire évalue les coûts d'une rupture de la relation contractuelle, l'analyse coûts-bénéfices précitée étant alors prise en compte dans une perspective commune afin d'assurer le maintien du lien contractuel³²⁸⁶. Tout ceci est possible parce que la coopération sert également à « *aménager des paramètres totalement inconnus lors de la conclusion du contrat, en permettant au juge et aux parties de considérer tous les éléments susceptibles d'affecter l'exécution du contrat d'une manière équitable, en tenant compte du contexte contractuel et du but de l'opération* »³²⁸⁷.

1267. De plus, en raison de la présence du partenaire public, allier rentabilité et utilité a souvent conduit les partenaires privés étrangers à développer des stratégies originales de coopération inter-firmes, des formes de « coopération dans la coopération ». A titre d'exemple, l'importance des entreprises publiques dans l'économie chinoise a permis le développement de ce type de stratégies de coopération, lesquelles ont été analysées en détails par deux auteurs³²⁸⁸. Cette étude révèle par exemple que lorsque le niveau de risque est perçu comme élevé, les partenaires privés étrangers – parfois concurrents sur d'autres marchés – opteront non pas pour un simple transfert de technologie par le biais d'un contrat de licence mais, pour la constitution d'une *joint venture* sur laquelle ils auront un certain contrôle³²⁸⁹. Une autre étude semble également démontrer que le jeu des mécanismes de coopération sus-analysés tend à améliorer les performances contractuelles au profit des partenaires et dès lors: « (...) *The results imply that the idea of relational governance, relying on mechanisms such as mutual dependence, trust, parallel expectations, and joint action, holds great promise to improve contracting performance* »³²⁹⁰. Plus concrètement, l'exigence de coopération semble plus intense dans le cadre du BOT tant à la fin de la période de concession (pour toutes les raisons déjà évoquées et liées au transfert des installations au partenaire public) qu'en cas de différends ou de litiges pendant l'exécution du contrat (Voir *infra* n^{os} 1279 et s. sur la régulation des rapports entre partenaires). Dans cette dernière hypothèse, c'est-à-dire lorsque les relations contractuelles traversent une période de crise ou de turbulence, les partenaires ont l'impérieux devoir de se comporter avec dignité et respect mutuel³²⁹¹.

1268. De tout ce qui précède, il appert que la coopération a un domaine d'application qui transcende l'existence du contrat de BOT car, elle naît avant la formation du contrat (dès l'étape préliminaire du projet notamment à travers les études de faisabilités) et subsiste

³²⁸⁵ On a ainsi affirmé que l'obligation de coopération n'engage pas les parties à reviser les conditions initiales de leur contrat mais à donner à ce dernier la plus grande portée possible: Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 104.

³²⁸⁶ En ce sens Cf. D. Campbell and D. Harris, "Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation", op. cit., p. 185; *adde*: F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 748 où l'auteur affirme précisément que l'exigence de collaboration entre les parties implique également que chacune d'elles s'efforce de maximiser l'utilité retirée par l'autre partie de l'exécution du contrat.

³²⁸⁷ O. Filali cité par F. Diesse, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », op. cit., p. 268

³²⁸⁸ Cf. Y. Pan and David K. Tse, "Cooperative strategies between foreign firms in an overseas country", in *Journal of International Business Studies*, vol. 27, n° 5, 1996, p. 929-946.

³²⁸⁹ *Ibid.* p. 944.

³²⁹⁰ En ce sens Cf. K. Yang, J. Yi Hsieh and T. Shiun Li, "Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time", op. cit., p. 691.

³²⁹¹ En ce sens Cf. F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 745.

après son extinction (après la fin de la période de concession avec notamment la coopération aux fins de transfert de l'ouvrage). En ce sens la coopération constitue un fondement crédible du succès du BOT, une telle crédibilité étant par ailleurs renforcée par la panoplie de sanctions qui vise à en assurer l'effectivité.

Sous-section 2 : L'effectivité de la coopération est assurée par une panoplie de sanctions

1269. Il ne suffit pas de proclamer qu'il y a plus à gagner en coopérant qu'en faisant défection. Il faut aussi et surtout encadrer les interactions entre partenaires de sorte qu'il en émerge une coopération stable et dynamique³²⁹². Est ainsi posée la question de l'effectivité de la coopération. Selon M. Sen, "*For efficient provision of public goods, not only do we have to consider the possibility of state action and social provisioning, we also have to examine the part that can be played by the development of social values and of a sense of responsibility that may reduce the need for forceful state action*"³²⁹³. Nous avons en effet analysé bon nombre de mécanismes de nature sociale, économique ou politique qui participent à la mise en œuvre du BOT et qui tendent à renforcer la coopération entre les partenaires. Ainsi par exemple des « principes Equator » visant à instaurer une éthique sociale et environnementale entre les prêteurs du projet, lesquels s'engagent à ne financer que des projets respectant certains critères sociaux et environnementaux (Cf. *supra* n° 547). Il en résulte que l'effectivité de la coopération entre partenaires est assurée par un système de sanctions principalement de nature socio-économique et politique (I). Celles-ci étant toutefois complétées et renforcées par des sanctions légales éventuellement appliquées par la voie judiciaire (II).

I- Un système de sanctions principalement de nature socio-économique et politique

1270. L'effectivité de la coopération entre partenaires dans un rapport de long terme – le BOT en l'occurrence – paraît principalement reposer sur des sanctions de nature socio-économique et politique. En effet, le recours à des sanctions légales ne semble intervenir qu'à titre supplétif, notamment lorsqu'un partenaire est déçu à la suite de la défaillance des mécanismes et sanctions inhérents à la coopération³²⁹⁴. Il est admis depuis fort longtemps que les normes sociales, l'éthique individuelle et d'autres mécanismes informels jouent un rôle important dans l'établissement des relations contractuelles³²⁹⁵. Selon M. Stewart Macaulay par exemple, les individus et les organisations commercent, rédigent des documents et évitent, suppriment ou résolvent des différends à la marge du droit « académique » des contrats³²⁹⁶. Pour cet auteur, l'échec des sanctions de nature socio-économique et la rupture des contrats entre partenaires tiennent souvent au fait que le partenaire défaillant est proche ou en situation d'insolvabilité³²⁹⁷. Ces normes socio-économiques qui émergent souvent de la pratique des affaires constituent des méthodes courantes et effectives de régulation dans de nombreuses transactions³²⁹⁸. Elles se

³²⁹² Cf. en ce sens R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 141.

³²⁹³ A. Sen, *Development as freedom*, op. cit., p. 269.

³²⁹⁴ Cf. en ce sens S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 471.

³²⁹⁵ En ce sens Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2040 ainsi que toutes les références citées.

³²⁹⁶ S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 465. Pour cet auteur (p. 467): "*Contract planning and contract law, at best, stand at the margin of important long-term continuing business relation*".

³²⁹⁷ Ibid. p. 476. L'auteur ajoute toutefois que: "*The threat of bankruptcy often is a weapon in settlement negotiations; it is a form of strength through weakness*".

³²⁹⁸ En ce sens et pour une étude approfondie de telles normes en droit américain: Cf. notamment D. Charny, "Nonlegal sanctions in commercial relationships", in *Harvard Law Review*, vol. 104, n° 2, 1990, p. 373-467 ;

traduisent concrètement par l'auto-régulation, généralement complétée par un recours à la régulation privée (A). Ce système « de sanctions » n'est cependant pas autosuffisant et la recherche d'alternatives complémentaires en souligne nécessairement les limites (B).

A- L'auto-régulation de la coopération et le recours à la régulation privée

1271. La régulation apparaît comme un concept ambigu dont le contenu peut toutefois être précis en fonction de la définition qu'on lui donne³²⁹⁹. Nous l'entendons ici dans son acception sociale, laquelle lui donne un sens plus général³³⁰⁰. La régulation constitue dès lors « *l'ensemble des opérations consistant à concevoir des règles, à en superviser l'application, ainsi qu'à donner des instructions aux intervenants et régler les conflits entre eux lorsque le système de règles est perçu par eux comme incomplet ou imprécis* »³³⁰¹. Cette définition présente l'avantage de nous reconnecter à la notion d'incomplétude sus-examinée et particulièrement au caractère incomplet du contrat de BOT. Les parties à un rapport de coopération cherchent en règle générale à structurer un tel rapport de sorte qu'il s'auto-régule (1). Ce n'est que lorsque l'auto-régulation échoue que celles-ci ont recours à une régulation extérieure, mais qui demeure privée (2).

1- L'auto-régulation de la coopération

1272. Nous entendons par auto-régulation la situation dans laquelle la norme est d'elle-même mise en œuvre par les partenaires, sans intervention externe à leurs rapports³³⁰². Un tel cadre est en effet le lieu par excellence de l'application des usages et coutumes. Et, la coutume, relève-t-on, est un lieu privilégié où la justification rationnelle des normes – leur acceptabilité rationnelle – coïncide avec leur intégration dans un contexte communautaire – leur acceptation pratique³³⁰³. Un auteur n'a d'ailleurs pas hésité à affirmer que : “*Another lesson : make things legally impossible and the clients will settle their*

adde dans le sens de l'importance de telles normes: J. Delmon, *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, op. cit., p. 48 : “*Formal, positional, contentious processes can destroy relationships and often result in further degradation of professional and commercial arrangements fundamental to the success of the project. Softer processes are designed to use and develop relationships as the basis for finding mutually satisfactory solutions*”. Pour M. Macaulay plus généralement, l'observation des pratiques contractuelles est des plus pertinentes pour qui souhaite savoir comment devrait être le droit commercial : S. Macaulay, “Non-contractual relations in business: a preliminary study”, op. cit., p. 55.

³²⁹⁹ Selon M. Ganguilhem par exemple, « *La régulation est un processus par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes* » : G. Ganguilhem, v° Régulation in *Encyclopaedia universalis*, vol. 14, p. 1-3 cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 26 ainsi que la référence citée par les auteurs.

³³⁰⁰ Pour une analyse synthétique du phénomène régulateur Cf : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 26-29.

³³⁰¹ B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 484 ainsi que les références citées.

³³⁰² On estime que l'autonomie revendiquée est alors justifiée par la plus grande flexibilité d'une normativité auto-produite et auto-contrôlée qui doit s'adapter à une conjoncture à la fois ultra-spécialisée et instable : P. Van Ommeslaghe, « L'auto-régulation. Rapport de synthèse », in X. Dieu et al. (dir.) *L'auto-régulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995 cité par F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 27.

³³⁰³ Cf. en ce sens P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l'économie*, op. cit., p. 222 ainsi que la référence citée ; *adde* : F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 761 pour qui en tant que principe d'interprétation, le devoir de coopération est dans les contrats du commerce international fondé sur les valeurs comme l'intérêt général, la solidarité, le raisonnable, l'équité, les usages, la bonne foi et bien d'autres.

differences”³³⁰⁴. Ainsi par exemple, la réciprocité sus-évoquée est considérée comme une norme particulièrement pertinente dans le cadre des interactions contractuelles³³⁰⁵, ce d’autant plus que des recherches empiriques semblent démontrer que, de manière générale, les individus agissent dans diverses cultures conformément à une telle norme³³⁰⁶.

1273. La réciprocité³³⁰⁷ ne suffit cependant pas à établir à elle seule une coopération équilibrée : d’autres normes sociales, telles l’honnêteté, le respect de la parole donnée³³⁰⁸, la loyauté³³⁰⁹ et la solidarité³³¹⁰, viennent la compléter et en contrebalancer les effets potentiellement « néfastes » (puisque la réciprocité suppose également des représailles)³³¹¹. Certaines études empiriques semblent d’ailleurs démontrer l’importance de cet ensemble de normes sociales, lesquelles ont permis le développement dans certaines sociétés d’une pratique des affaires où des méthodes non-contractuelles (au sens formel) sont tout aussi importantes, voire plus importantes, que l’emploi des contrats³³¹². De telles normes sociales paraissent pouvoir jouer pleinement leur rôle dans le cadre d’une opération BOT, eu égard notamment à la multiplicité des parties, des interactions entre celles-ci ainsi que la variété des instruments utilisés pour en permettre la réalisation³³¹³. A l’observation, M. Macaulay relevait déjà qu’une entreprise, même de

³³⁰⁴ P. Nouel, “‘Cartesian pragmatism’ : looking for common principles in French and English Law”, op. cit., p. 23.

³³⁰⁵ En ce sens Cf. Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2040.

³³⁰⁶ Cf. E. Walster, G. W. Walster & E. Bersched, “Equity: theory and research” (1978); Gouldner, “The norm of reciprocity: A preliminary statement”, 25 Am. Sociological Rev. (1960) cités par Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2040-2041. La réciprocité semble par ailleurs constituer un des fondements de la justice selon Rawls pour qui c’est le point de vue de la réciprocité qu’il faut mettre en avant dans la mesure où la société serait une entreprise de coopération entre individus aux fins d’avantages mutuels: Cf. en ce sens H. Ph. Visser’t Hooft, « John Rawls et l’utilitarisme », in *L’utile et le juste*, APD, tome 26, op. cit., p. 177.

³³⁰⁷ Sur les différents types de réciprocité, Cf. Ian R. Macneil, “Exchange revisited: Individual utility and social solidarity”, op. cit., p. 581- 588. Pour l’auteur (p. 585), “*Not only is reciprocity essential to the household, the household economy is the very seedbed of human reciprocity, a seedbed stretching back to our evolutionary primate roots*”.

³³⁰⁸ Cf. S. Macaulay, “Non-contractual relations in business: a preliminary study”, op. cit., p. 63 où l’auteur estime qu’il s’agit en tant que telle d’une sanction non-juridique.

³³⁰⁹ Les manifestations de la loyauté dans le cadre des PPP ont fait l’objet de nombreuses études théoriques et empiriques. Cf. par exemple : A. Barretta, C. Busco and P. Ruggiero “Trust in project financing: an Italian health care example”, in *Public Money & Management*, June 2008, p. 179 et s. ainsi que toutes les références citées par ces auteurs. Ces derniers affirment ainsi par exemple (p. 180) que: “(…) *Trust is one of the key resources to be drawn upon for stimulating attitudes of co-operation and partnership*”.

³³¹⁰ Pour le Professeur Macneil, solidarité et réciprocité sont deux principes inséparables dans tout rapport de longue durée: Ian R. Macneil, “Exchange revisited: Individual utility and social solidarity”, op. cit., p. 569. Selon l’auteur toutefois (p. 572), la solidarité ne requiert ni qu’on aime le partenaire en qui on a placé sa confiance, ni que l’autre soit altruiste et pas nécessairement de l’amitié même si celle-ci est souvent le signe de la solidarité ; *idem*: Ian R. Macneil, “Values in contract: internal and external”, op. cit., p. 348: “*Two principles of behavior are essential to the survival of such creature [the Man]: solidarity and reciprocity*”.

³³¹¹ En ce sens Cf. Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2041.

³³¹² Cf. en ce sens J. Gray, *False dawn: The delusions of global capitalism* (1998) at 169 and 183-5 cité par Amanda J. Perry, “The relationship between legal system and economic development : Integrating economic and cultural approaches”, op. cit., p. 299. L’auteur relève que: “*For example, it has been argued that Japanese economic activity relies upon notions of community and ‘networks of trust’; Chinese (including Taiwanese) businesses rely on personal connections, ‘reciprocal obligations and long term negotiating relationships’; an Korean business people favour ‘cooperation’ over more legalistic relationships*”.

³³¹³ En ce sens et par *a contrario* Cf. F. Gomez, “Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks” in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 26: “*When the number of agents involved, and the range of actions for which cooperation is required,*

grande taille, qui souhaite poursuivre ses relations avec son partenaire hésite longtemps à lui opposer des arguments techniques (juridiques), sauf en cas d'absolue nécessité et, le cas échéant, dans la mesure où son pouvoir économique lui permet de défier ce partenaire³³¹⁴.

1274. Nous avons par ailleurs analysé la société du projet comme une structure de gouvernance du projet BOT. M. Axelrod affirme par exemple que les organisations ou les structures hiérarchiques ont une action effective quant à la concentration des interactions entre divers individus³³¹⁵. Pour ce dernier, en mettant en rapport des personnes dans un jeu pluridimensionnel sur le long terme, les organisations augmentent le nombre et l'importance des interactions futures et promeuvent par conséquent l'émergence de la coopération dans des groupes qui seraient autrement trop importants pour une interaction individuelle³³¹⁶. En d'autres termes, il existerait au sein de la firme – en l'occurrence la société du projet – une structure organisationnelle de la coopération qui traite par séquences les contingences de projets à long terme, de manière hiérarchique mais coopérative, en s'appuyant sur une « culture d'entreprise » orientée vers le succès de ladite entreprise³³¹⁷. Bien plus, une certaine loyauté caractériserait les différents partenaires/actionnaires de la société du projet – une telle loyauté se matérialisant et se renforçant notamment par le biais de la convention d'actionnaires sus-analysée –, ce qui renforce la coopération entre ces derniers. Pour certains auteurs en effet, plus le degré de loyauté entre ces partenaires est faible, plus le risque d'inexécution du contrat de concession est grand, ce qui se traduit en pratique par le fait qu'une société du projet constituée de consortiums ayant déjà collaboré dans le cadre d'autres projets a plus de chance de remporter un appel d'offre que dans l'hypothèse inverse³³¹⁸.

1275. Le BOT fait appel en outre, comme longuement analysé, à un système de garanties, de sûretés et de mécanismes incitatifs (bonus et pénalités par exemple) dont le but principal est d'assurer l'« auto-exécution » du projet. On considère en effet qu'un tel système fonctionne comme un ensemble d'engagements crédibles visant à contraindre chaque partenaire à adopter pour l'avenir un comportement cohérent et prévisible³³¹⁹. D'un autre côté, la seule idée de participer à la réalisation d'un objectif d'intérêt général est susceptible de renforcer la coopération entre partenaires, du moins entre certains des partenaires. On ne peut en effet exclure tout motif altruiste – *prima facie* de la part notamment de certaines organisations internationales en charge du développement – dans la réalisation de tels projets, même s'il faut *a priori* se méfier de tels motifs. L'altruisme voudrait en effet que chaque partenaire accorde autant d'importance à ses propres gains qu'à ceux de l'autre. On a ainsi souligné que si les individus étaient désireux de faire en sorte que les décisions en matière de biens collectifs soient prises de manière conforme à

and the levels of observability concerning them decrease, reputation, trust, informal sanctions and reciprocal fairness are less likely to work effectively and secure cooperation”.

³³¹⁴ Cf. en ce sens S. Macaulay, “Elegant models, empirical pictures, and the complexities of contract”, in *Law & Society Review*, vol. 11, n° 3, 1977, p. 513.

³³¹⁵ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 130.

³³¹⁶ Ibid. p. 131.

³³¹⁷ Cf. en ce sens D. Campbell and D. Harris, “Flexibility in long-term contractual relationships: The role of co-operation”, op. cit., p. 170.

³³¹⁸ En ce sens Cf. A. Barretta, C. Busco and P. Ruggiero “Trust in project financing: an Italian health care example”, op. cit., p. 182-183.

³³¹⁹ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2039; *adde* pour une formalisation de cette idée: O. E. Williamson, “Credible commitments: Using hostages to support exchange”, in *The American Economic Review*, vol. 73, n° 4, p. 519-540.

l'altruisme qu'ils éprouvent, ils devraient y parvenir beaucoup mieux par l'intermédiaire de procédures délibératives explicites dans le cadre d'associations spontanées³³²⁰. En ce qui concerne l'adaptation de leur accord aux changements de circonstances, on a relevé que la solution (idéale) dominante consiste pour les parties à mettre elles-mêmes au point les mécanismes d'adaptation, l'intervention du juge n'étant admise qu'en dernier ressort³³²¹.

1276. Plus généralement, le recours systématique à la bonne foi, a-t-on argumenté, peut s'analyser de manière générale comme l'acceptation de ce que les modalités de la coopération ne peuvent être complètement définies par les parties avant l'exécution du contrat, mais que la réussite de la collaboration suppose au contraire une attitude souple des parties, lesquelles doivent s'assister dans l'exécution de leur projet, y compris en aidant l'autre partie à réparer les conséquences de ses erreurs³³²². D'un autre côté, la communication entre partenaires joue un rôle essentiel dans les contrats de longue durée, y compris dans les hypothèses où toute renégociation semble exclue³³²³. En effet, les partenaires peuvent définir des stratégies comprenant des promesses ou des menaces à propos de leur conduite future, ce qui impose à chacun de déterminer et de communiquer les promesses (ou menaces) susceptibles d'inciter l'autre partenaire à coopérer³³²⁴. Une telle manière de procéder conduit à une certaine prévisibilité mutuelle dans la sanction éventuelle de comportements non coopératifs, chaque partenaire annonçant ce faisant son intention conditionnelle de coopérer dès la première interaction³³²⁵.

1277. La réputation constitue aussi un puissant moyen d'auto-régulation de la coopération entre partenaires³³²⁶. En effet, l'on considère que connaître la réputation d'un partenaire permet d'en inférer le comportement que celui-ci est susceptible d'adopter dans les transactions futures et d'entrevoir quelles stratégies il pourrait mettre en œuvre³³²⁷. Un des

³³²⁰ En ce sens Cf. A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 72.

³³²¹ Cf. J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 249. L'auteur se réfère précisément au droit anglais. *Adde* dans le même sens D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", op. cit., p. 468: "The fundamental mechanism is adjustment of obligations by the parties without recourse to legal action, but this is encouraged by limiting the extent to which performance can legally be insisted upon (...)".

³³²² En ce sens et pour une brève synthèse des fonctions du principe de bonne foi, Cf. B. Frydman « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action – Indécidabilité, coopération et révision », in Pierre Livet (dir.) *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, op. cit., p. 173-174 ; *adde* : F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 763-765 ; D. Campbell, "The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract", op. cit., p. 476 où l'auteur précise que la coopération est essentiellement un produit des relations basées entre parties qui agissent de bonne foi; Comp. toutefois avec H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 361 où l'auteur, se référant à M. Jamin, affirme que, sur le plan des principes, la promotion de la notion de bonne foi serait peut-être solidaire d'un affaiblissement corrélatif de la force obligatoire du contrat. Pour une synthèse complète des fonctions du principe de bonne foi en droit belge et comparé Cf. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome I, p. 168- 185.

³³²³ Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2027.

³³²⁴ *Ibid.* p. 2027-2028.

³³²⁵ *Ibid.* p. 2029: "A precommitment strategy requires a party to make its own behavior predictable and anticipates adjustment from the other".

³³²⁶ On relève ainsi que tant les recherches en histoire économique que les comparaisons avec les mécanismes dits « informels » dans les pays en développement font apparaître que ce mode de régulation, loin d'être frustré, est en réalité extrêmement sophistiqué : Cf. en ce sens B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 486.

³³²⁷ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 151; *adde* Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2032.

intérêts de se constituer une certaine réputation est de pouvoir éventuellement « neutraliser » un partenaire par le biais de « menaces » crédibles³³²⁸. Ceci implique selon M. Robert Scott d'avoir la réputation d'adhérer de manière conditionnelle à la coopération, ce qui permet d'éviter la menace inadéquate qu'entraîne une mauvaise information sur son partenaire³³²⁹. Une telle information peut être obtenue par le biais de réseaux sociaux, lesquels jouent de plus en plus le rôle de système de communication au sein duquel les acteurs échangent des renseignements, créant ce faisant un type de sanctions basées sur la réputation³³³⁰. Parce que la réputation a de la valeur, on estime que des partenaires ne pourraient se risquer à l'endommager sans de bonnes raisons³³³¹. Acquérir une bonne réputation coûte cependant cher³³³² et pour en réduire le coût, un certain nombre de techniques de distinction (« signalling ») peuvent être utilisées telles : l'effet de marque (« labeling »), l'appartenance à une organisation ou un « club », l'offre de garanties (Cf. *supra* n^{os} 859 et s. sur le rôle des différentes garanties dans le cadre du BOT) ou encore le paiement volontaire de pénalités, aux fins de restaurer la coopération en rachetant sa conduite, en cas de non respect de ses engagements³³³³.

1278. Un autre mode d'auto-régulation consiste à combinaison des pressions économiques et politiques à l'effet de réputation. Une illustration topique d'une telle combinaison se traduit singulièrement dans le cadre du BOT à travers la participation des institutions financières internationales au financement de l'opération. Nous avons en effet vu que la participation de telles institutions conditionne très souvent le financement des prêteurs privés. Et pour cause, non seulement une telle participation crée une bonne réputation pour le projet financé mais également, en raison des clauses de protection insérées dans leur contrat de financement, ces institutions peuvent faire usage de menaces crédibles. On relève ainsi que non seulement les prêts et les participations en fonds propres de ces institutions – notamment les institutions multilatérales – jouissent d'un privilège, mais également qu'en raison des multiples interactions entre celles-ci et les pays emprunteurs, ces derniers ne peuvent prétendre à de nouveaux concours que s'ils ont respecté les termes et conditions des concours précédents³³³⁴. De plus, le privilège précité permet aux créanciers multilatéraux de primer en cas de difficultés toute autre prétention financière – notamment des prêteurs bilatéraux et commerciaux – sur les réserves (monétaires) internationales de leur débiteur³³³⁵. Les institutions financières multilatérales ont par ailleurs la réputation de défendre activement leurs investissements devant les juridictions nationales et internationales, ce qui en ajoute aux coûts de toute défiance éventuelle³³³⁶. L'activisme des institutions financières internationales, mais également des partenaires au projet BOT s'exerce aussi et parfois surtout dans le cadre d'une régulation privée.

³³²⁸ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 153.

³³²⁹ Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2032.

³³³⁰ Cf. en ce sens S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 468.

³³³¹ S. Macaulay, "The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", op. cit., p. 59.

³³³² Ainsi par exemple un partenaire peut-il accepter d'exécuter un contrat désavantageux dans le but d'en tirer une bonne réputation pour l'avenir.

³³³³ Pour un exposé détaillé de ces mécanismes, Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2032-2033.

³³³⁴ Cf. en ce sens E. Engel, R. Fischer and A. Galetovic, "The economic of infrastructure finance : Public-private partnerships *versus* public provision", op. cit., p. 60 ainsi que la référence à Buitert et Fries (2002) citée.

³³³⁵ Ibid.

³³³⁶ Ibid.

2- Le recours à la régulation privée : rôle fondamental du mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires

1279. A la différence de l'auto-régulation, nous entendons par régulation privée toutes les ressources, tous les mécanismes ou tout système (institutionnalisé ou non) créés par les membres d'une communauté – par exemple un secteur d'activité ou une filière industrielle – pour assurer une coordination ou régler des différends entre eux. Il peut s'agir de syndicats (Cf. la syndication bancaire dans le cadre du BOT), d'ordres professionnels, de réseaux relationnels et clubs, d'organismes de normalisation et de certification (cas de la FIDIC pour les projets d'ingénierie-construction ou de l'ISO – International organization of standardization) et bien d'autres, qui concourent à la conception et à la mise en œuvre d'instances et de normes « quasi-juridiques » destinées à faciliter la coordination et à garantir un certain ordre « public » dans la sphère privée.

1280. Dans le cadre du BOT, le domaine de la coopération s'étend, comme nous l'avons vu, à toute crise ou turbulence pendant l'exécution du contrat. Ainsi, dans le souci de préserver l'essentiel de leurs relations, les partenaires veillent généralement à apaiser les tensions ou à trouver un aboutissement heureux aux litiges éventuels qui affecteraient celles-ci. Ils ont donc grand intérêt « à gouverner, à orienter et si possible à définir eux-mêmes les solutions à leurs différends, plutôt que de s'abandonner à la fatalité des verdicts judiciaires qui peuvent être en contradiction avec la commune intention des partenaires ou en opposition avec leurs intérêts »³³³⁷. Pour cette raison il est suggéré aux partenaires, préalablement à la signature du contrat, d'analyser minutieusement la clause de résolution des litiges et notamment les questions relatives au choix du type de résolution amiable ou judiciaire³³³⁸. De plus, le recours à la régulation privée est également justifié, outre la spécialisation, par des considérations de célérité. On estime ainsi que dans le cadre d'un rapport de coopération, la réaction à une défection du partenaire doit être rapide, une telle rapidité assurant la stabilité et la survie même de la coopération³³³⁹. Plus généralement, la prévention des conflits ou la résolution amiable de différends exigeraient deux qualités fondamentales : d'une part, une réelle ouverture d'esprit des partenaires et, d'autre part, une maturité et une expérience qui permettent à chacun des partenaires d'essayer de régler sans retard tout désaccord de sorte à en réduire les effets potentiels subséquents³³⁴⁰.

1281. Certains auteurs ont néanmoins relevé qu'en opposant nettement les techniques de régulation des contrats (expertise, médiation, conciliation) aux techniques de résolution des différends (arbitrage, procédure civile), les « doctrinaires » contribuent à rigidifier les débats et à les rendre plus théoriques³³⁴¹. Nous n'adopterons donc pas cette distinction d'autant plus qu'elle ne correspond pas à la réalité du BOT dans le cadre duquel toutes les techniques précitées peuvent être combinées (de manière alternative ou simultanée selon les cas)³³⁴². La régulation privée telle que nous l'entendons dans le cadre du BOT

³³³⁷ F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », op. cit., p. 755.

³³³⁸ Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 133.

³³³⁹ R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 185.

³³⁴⁰ Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 134.

³³⁴¹ Cf. Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », in RDAI, n° 2, 1998, p. 132.

³³⁴² Dans le cadre du projet Eurotunnel par un exemple, il avait été mis sur pied un comité d'experts chargés d'examiner les litiges entre partenaires mais, dont les décisions ne constituaient pas des sentences et pouvaient

s'articule en conséquent autour de deux principaux pôles à savoir l'arbitrage ainsi que les autres modes alternatifs de résolution de différends (a) et surtout le mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires (b).

a- Arbitrage et autres modes alternatifs de résolution de différends

1282. Caractérisée lors de sa mise en œuvre par une succession d'étapes comme nous l'avons vu, l'opération BOT peut connaître des difficultés à l'une ou l'autre étape. Un certain nombre de moyens sont disponibles pour tenter de surmonter de telles difficultés sans attendre que le différend dégénère au point de ne pouvoir être tranché que par la procédure judiciaire ou par l'arbitrage. Ces moyens sont généralement regroupés sous la dénomination de modes alternatifs de règlement de différends ou « Alternative Dispute Resolution » (ADR).

♦-Les modes alternatifs de règlement de différends (« ADR »)

1283. Ces modes alternatifs feraient appel soit à des modes relativement nouveau à l'instar du « Dispute Review Board » (DRB), soit à des notions plus traditionnelles comme la médiation proprement dite³³⁴³. En effet, divers modes de règlement alternatif de litiges existent au rang desquels la médiation proprement dite (ou médiation simple)³³⁴⁴, la médiation contractuellement préconstituée, la médiation en forme de procès simulé (« Mini-Trial »), la médiation directe par des représentants de la direction générale de chacune des parties (« Senior Executive Appraisal »), la consultation conjointe d'un juriconsulte ou d'un expert indépendant (« Early Trial Evaluation »), la médiation-arbitrage, l'arbitrage limité par l'arbitre entre les offres respectivement faites par les parties (« Baseball or Final Offer Arbitration »), la médiation et l'arbitrage entre offres respectives des parties (« Mediation and Last Offer Arbitration ou Medaloa »)³³⁴⁵. Dans le projet ivoirien FOXTROT précité, le contrat de concession avait prévu une procédure *ad hoc* de conciliation préalable obligatoire, comparable dans son principe au régime CIRDI³³⁴⁶. Plus généralement, les modes alternatifs de règlements de différends constituent une étape préalable à la saisine de l'arbitre.

♦-L'arbitrage

1284. Les contrats de BOT contiennent généralement des clauses d'arbitrage, l'arbitrage pouvant être mis en œuvre, comme indiqué, après l'épuisement d'un certain nombre de

par ailleurs faire l'objet de recours devant la Chambre de Commerce Internationale (CCI) : Cf. J. Naslin, « A completely new legal experience » in IBL, January, 1996, p. 9.

³³⁴³ Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 132.

³³⁴⁴ Certains auteurs considèrent que médiation et conciliation sont synonymes tandis que d'autres estiment que la conciliation serait au sens générique toute solution amiable apportée à un litige et la médiation toute recherche de résolution d'un différend obtenue par l'intervention d'un tiers extérieur à celui-ci : Cf. Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 135 ainsi que les références citées en note 11.

³³⁴⁵ Sur l'ensemble de ces modes Cf. Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 134-135 ainsi que la référence à Jean-Claude Goldsmith citée par les auteurs.

³³⁴⁶ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 844.

procédures préalables³³⁴⁷. La question d'un Etat ou d'une personne publique partie à un arbitrage international ne semble plus discutée. De plus, les difficultés que posent la question des immunités d'Etat se situent notamment en matière d'exécution, y compris en présence de clauses de renonciation expresse. Toutes ces questions ont fait l'objet d'une analyse approfondie par ailleurs (Cf. *supra* n° 64). A titre d'illustration, dans le cadre du projet ivoirien FOXTROT précité, une procédure arbitrale adoptant les règles CIRDI avait été prévue et la solution aux litiges éventuels devait être fondée sur les principes du droit ivoirien complétés par ceux du droit international en la matière³³⁴⁸. Il est intéressant de noter en ce qui concerne les pays africains membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) que ceux-ci en adhérant au Traité OHADA (et en particulier à son article 21 relatif à l'arbitrage), ont permis la reconnaissance par tous les Etats membres de cette organisation de la validité du recours à l'arbitrage, sans considération de la nature publique ou privée de la partie ayant signé la clause compromissoire ou le compromis. De plus, il est prévu que les sentences arbitrales rendues conformément au Traité OHADA aient l'autorité de chose jugée dans tous les Etats membres et qu'elles puissent faire l'objet d'exécution forcée sous réserve d'*exequatur*. On a alors affirmé qu'il n'est pas exclu que les parties soient incitées à l'avenir à prévoir un recours à un arbitrage OHADA dans la mesure où celui-ci paraît moins long et moins coûteux qu'un arbitrage rendu sous les auspices du CIRDI ou de la CCI³³⁴⁹.

1285. Les partenaires vont généralement préférer l'arbitrage à la saisine du juge judiciaire pour de nombreuses raisons. On a ainsi par exemple affirmé que les partenaires internationaux douteraient souvent des institutions et des règles des droits nationaux, jugées statiques et mal adaptées à leurs relations fondées sur une coopération exemplaire, d'où la préférence pour l'arbitrage dont le fonctionnement correspondrait mieux à la nature de leurs relations³³⁵⁰. Ainsi encore, les coûts administratifs d'exécution des décisions de justice seraient pris en considération dès lors que la spécialisation des arbitres est susceptible de réduire les coûts indirects résultant d'erreurs, de biais de toutes sortes renforçant ainsi l'exécution aisée des sentences³³⁵¹. Bien plus efficace et surtout plus coopérative semble être la mise sur pied d'un mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires.

b- Le mécanisme permanent de régulation des rapports entre partenaires : socle d'une coopération dynamique et proactive

1286. A côté des mécanismes « classiques » de régulation privée de la coopération, le modèle coopératif de résolution des différends suggère un règlement immédiat et d'autorité des différends, qui prend appui sur l'ouverture qu'offre la poursuite actuelle de

³³⁴⁷ En ce sens Cf. Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 136. Pour ces auteurs en effet, il est possible de prévoir contractuellement un collège d'experts à mettre en place obligatoirement au moment de l'apparition d'un différend, avant de soumettre celui-ci définitivement à un tribunal ordinaire ou à un tribunal arbitral.

³³⁴⁸ P. Blanchard, « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », op. cit., p. 844 où l'auteur précise que la procédure arbitrale a lieu à Abidjan.

³³⁴⁹ Cf. en ce sens O. Fille-Lambie, « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », op. cit., p. 943.

³³⁵⁰ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, op. cit., p. 103-104.

³³⁵¹ Cf. en ce sens Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2043.

la relation contractuelle pour contrecarrer toute tentative de défection³³⁵². Il s'agit alors de s'appuyer sur la force qui émane du caractère durable du rapport et de désigner un « arbitre » permanent du contrat (« permanent contract referee ») qui dans sa fonction, et généralement en tant qu'« arbitre » unique, pourra réduire les problèmes d'information et d'exécution de manière permanente³³⁵³. Ce rôle « d'arbitre permanent » est généralement l'apanage d'un expert/ingénieur indépendant dont nous avons au demeurant illustré une des fonctions à savoir le monitoring du projet. On observe en effet que de nos jours, la plupart des grands projets ont opté, à la signature du contrat ou en cours d'exécution, pour des clauses contractuelles favorisant une résolution amiable des différends grâce à l'intervention d'experts³³⁵⁴.

1287. L'expertise, notamment lorsqu'elle est indépendante, semble constituer une institution sociale à laquelle on recourt pour avoir un avis, une opinion ou une décision éclairés et rationnels. Selon M. Gunther Teubner en effet, "(...) *People turn to independent expertise as a special institution once they experience the limits of negotiation, of economic exchange, of political power processes, of legal conflict resolution, or of family relations and friendship for resolving their problems. They separate the issue involved from its familiar context and subsume it under the rationality of expertise which differs sharply from their day-to-day practices*"³³⁵⁵.

1288. Dans le contexte du BOT, la mission de l'expert relèvera de manière générale de l'adaptation, voire même d'une certaine perfection de l'opération, et devra en tout cas être précisée au contrat. Les partenaires s'engagent le plus souvent à l'avance à accepter la décision de l'expert, rapprochant ce dernier de l'arbitre ou du médiateur dans un rôle de conciliation, sans pour autant qu'il y ait un risque de requalification fondée sur l'arbitrage³³⁵⁶. Un tel mécanisme a été mis en place, avec quelque succès, dans le cadre du projet Eurotunnel. En effet, il avait été créé un comité d'experts permanent chargé de la résolution des différends entre parties tel que le décrit un auteur qui souligne avec un certain enthousiasme que: "*The creation of a permanent panel, to which all disputes were referred, which had a detailed to knowledge of the contract and of the works, which was composed of one lawyer and four business executives – all engineers by background – proved to be an invaluable asset. The panel managed to render unanimous therefore enforceable decisions, apparently forgetting all about the origins of its members and the person who appointed them. A truly remarkable feat, even though the parties may not have liked its decisions*"³³⁵⁷. Remarquons toutefois que le succès de ce comité d'experts

³³⁵² Ibid. en ce sens, p. 2049.

³³⁵³ Ibid. L'auteur précise alors que: "*Ideally, the contract referee would be authorized to investigate, inspect or discover facts; to require the parties to adjust cooperatively; and to issue a final and binding judgment where the disagreement cannot be resolved*".

³³⁵⁴ Cf. en ce sens Pierre M. Genton et F. Vermeille, « « Soft and hard dispute resolution » – Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », op. cit., p. 137-138 où les auteurs citent quelques projets – dont le tunnel sous la Manche ou encore le Lesotho Highlands Development Project – illustratifs de cette manière de procéder.

³³⁵⁵ G. Teubner, "Expertise as social institution: internalizing third parties into the contract", in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 346.

³³⁵⁶ Contra en droit français L. et J. Vogel, *Droit de la distribution automobile*, p. 102, n° 181 cité par S. Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002, p. 254.

³³⁵⁷ P. Nouel, "'Cartesian pragmatism' : looking for common principles in French and English Law", op. cit., p. 25; adde dans le même sens et partageant le même enthousiasme : J.-F. Guillemin, « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », op. cit., p. 411.

est relatif puisqu'il y eût tout de même saisine des juridictions judiciaires, démontrant par là même les limites de ce système et, plus généralement, les limites du système de sanctions de nature socio-économique et politique.

B- Limites du système de sanctions de nature socio-économique et politique

1289. Les sanctions de nature socio-économique et politique connaissent des limites et ne conduisent pas nécessairement à la coopération ou à des situations heureuses³³⁵⁸. Ainsi par exemple, l'usage du système visant à garantir l'auto-exécution de la convention des parties nécessite d'être correctement calibré si l'on souhaite obtenir une coopération équilibrée et stable³³⁵⁹. Un tel calibrage n'est pas chose aisée, notamment dans les hypothèses où la spécificité des actifs n'est pas suffisamment prononcée de sorte qu'une partie, en adoptant un comportement opportuniste, peut provoquer une rupture et éventuellement revendre ces actifs. Dans de telles circonstances, un partenaire pourrait être incité à provoquer une rupture pour en tirer parti. Par ailleurs, rechercher l'auto-exécution de l'accord entre partenaires entraîne la mise en œuvre de mécanismes coûteux. Un tel accord requiert en effet un système de monitoring fort (Cf. *supra* n^{os} 1164 à 1166 sur les inconvénients du monitoring) ainsi que l'application effective de sanctions dans les hypothèses de comportements non coopératifs. Dans cette dernière hypothèse, on a relevé à juste titre que, même lorsqu'un partenaire récalcitrant comprend et « accepte la sanction », les représailles constituent toujours une menace pour l'équilibre et la stabilité de la coopération³³⁶⁰.

1290. D'un autre côté, le système de la régulation par la réputation par exemple serait approprié pour un nombre limité de participants, fonctionnerait mieux dans le cadre d'une mono-activité, aurait un coût et pourrait se déstructurer avec le développement du niveau des transactions car l'incitation à coopérer s'effacerait devant les gains retirés de la concurrence frontale³³⁶¹. De plus, on a estimé que si l'arbitrage et la médiation peuvent être moins coûteux que la solution judiciaire ordinaire, de telles méthodes de régulation privée ne sont pas susceptibles d'établir une coopération effective dans la plupart des contrats de long terme car elles pousseraient les partenaires à maintenir leurs différends pendant l'exécution du contrat et à ne rechercher de solution que lorsque la relation contractuelle est sérieusement entamée ou a pris fin³³⁶².

1291. Plus profondément, c'est l'ensemble du système de sanctions socio-économiques et politiques lui-même qui semble être remis en cause. Ainsi par exemple M. Gomez avance deux arguments principaux pour remettre en cause un tel système³³⁶³. D'une part, cet auteur affirme qu'en raison de ce qu'une part substantielle des éléments de l'argumentaire des défenseurs de ce système est puisée dans des communautés

³³⁵⁸ En ce sens Cf. S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 471: "(...) Today, I would stress that relational sanctions do not always produce coopération or happy situations".

³³⁵⁹ Cf. en ce sens Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2039.

³³⁶⁰ Ibid. p. 2040. L'auteur estime alors qu'il est dans l'intérêt mutuel des partenaires de fonder leur rapport sur un réseau de normes sociales bien établies, ce qui faciliterait l'acceptation et l'application des sanctions le cas échéant.

³³⁶¹ En ce sens Cf. B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 486-487.

³³⁶² Cf. en ce sens J. Myers, "Why conventional arbitration is not effective in complex long-term contracts", Paper presented at the International Symposium on the complex long-term contract, Heidelberg, Germany, oct. 2-3, 1986, p. 12-15 cité par Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2049.

³³⁶³ Cf. F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 26.

marchandes précises et « fermées », un doute raisonnable peut être formulé à l'égard de cette vision des choses qu'on peut par ailleurs difficilement étendre à des situations contractuelles sophistiquées mettant aux prises des contractants aguerris³³⁶⁴. D'autre part, l'auteur estime que les moteurs de l'auto-régulation décrits par les défenseurs d'un tel système semblent moins puissants dans les rapports contractuels de long terme, notamment ceux s'inscrivant dans un réseau contractuel complexe³³⁶⁵. Pour M. Gomez en substance, *"It would be very naive to think that the fact that both parties stand to gain from cooperating, and that the long-term nature of the interaction leaves ample room through continuous and iterated cooperation to achieve maximum available surplus, is in itself a powerful motivator or incentive instrument for cooperation"*³³⁶⁶.

1292. Quant à l'expertise, on a affirmé qu'elle est systématiquement exposée aux tentations et influences, à la persuasion, aux pressions des pouvoirs, aux relations familiales et au profit, de sorte que, sans le concours de la loi, le seul mécanisme d'une certaine confiance sociale en l'expertise ne peut plus suffire à la protéger³³⁶⁷. Bien plus, l'expertise poserait sur le plan conceptuel une difficulté car en tant que moyen de régulation privée, elle pourrait entrer en conflit avec le contrat – autre moyen de régulation privée – qui l'institue³³⁶⁸. En définitive, les limites du système de sanctions de nature socio-économique et politique étant avérées, les partenaires cherchent la plupart du temps une alternative complémentaire dans les sanctions légales, notamment en raison du pouvoir coercitif de l'autorité publique, particulièrement judiciaire.

II- La nécessaire complémentarité des sanctions légales

1293. Les sanctions de la coopération entre partenaires à une opération BOT prennent par ailleurs la nature de sanctions légales. Par la coopération en effet, un dialogue se maintient entre ces partenaires, agents économiques mais également sujets de droit. Une telle coopération s'insère alors dans un cadre normatif qui assure la coordination entre partenaires et qui diminuent les risques liés aux incertitudes relatives aux conséquences de leurs interactions. Or, si les partenaires ne doivent compter que sur l'arsenal de sanctions socio-économiques et politiques, il pourrait en résulter des coûts exorbitants et difficiles à compenser. On a ainsi estimé que la quête d'un mécanisme susceptible de maintenir la structure fondamentale des rapports entre partenaires constitue un problème classique de bien commun (« public good »), d'autant plus les sanctions de nature socio-économique ne sauraient faire face à des défections de grande ampleur³³⁶⁹. D'un autre côté, le pouvoir qui résulte, au profit de l'un ou/et l'autre partenaire, de toute relation contractuelle de long

³³⁶⁴ Ibid.

³³⁶⁵ Ibid.

³³⁶⁶ Ibid. p. 26-27. L'auteur propose alors un système de contrats de long terme, notamment ceux en réseaux, fondé sur une texture ouverte ("open-endedness"), une telle caractéristique possédant trois propriétés : tout d'abord, celle d'être un véritable moteur de la coopération car étant une condition essentielle de la réciprocité ; ensuite, celle d'instrument de discipline dans les cas de comportements non-coopératifs dans la mesure où une texture ouverte comprend un droit de résiliation ou de sortie de la relation contractuelle ; enfin, celle de permettre, au sein du rapport contractuel, des transferts de coûts susceptibles de motiver les comportements coopératifs (Cf. p. 31-37 pour les détails de cette solution).

³³⁶⁷ Cf. en ce sens G. Teubner, "Expertise as social institution: internalizing third parties into the contract", in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 346-347.

³³⁶⁸ Sur la question, Cf. G. Teubner, "Expertise as social institution: internalizing third parties into the contract", in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, op. cit., p. 49 et s.

³³⁶⁹ Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2044.

terme est susceptible d'abus et peut enfermer un des partenaires dans une relation de dépendance. Le recours aux mécanismes légaux viendra alors renforcer la panoplie de normes sociales et contractuelles pour briser des situations d'impasse ou d'abus.

1294. Bien plus, une étude empirique tend à démontrer que l'idée selon laquelle l'incomplétude fait échapper le contrat à l'emprise des solutions juridiques pour le soumettre à la régulation privée paraît plus nuancée qu'on ne veut l'admettre³³⁷⁰. De même, le Professeur Macneil affirmait déjà que le droit contribue non seulement à la stabilité générale mais également qu'il facilite la coopération en permettant sa réalisation ainsi qu'en garantissant, par ses mécanismes d'exécution, la viabilité de l'interdépendance entre parties³³⁷¹. Il en résulte que les sanctions de nature légale s'imposent en raison de l'importance d'une certaine prévisibilité (A) mais également et surtout de la possibilité d'exécuter les « menaces » portées au contrat aux fins d'en assurer la crédibilité et, partant, d'assurer l'effectivité de la coopération (B).

A- L'importance d'une certaine prévisibilité

1295. La prévisibilité quoique critiquée demeure un paramètre essentiel à toute opération de longue durée telle le BOT³³⁷². En effet, tandis que les lois économiques créent des attentes rationnelles dans le chef des agents économiques, les normes juridiques créent de leur côté des attentes légitimes pour les sujets de droit d'où la tension entre certitude et risque, précaution et prévisibilité ou encore entre individualisme et solidarité³³⁷³. La question semble de trouver un point d'équilibre entre une certaine sécurité des contrats ainsi qu'une certaine stabilité indispensable sur le plan économique et la défense des intérêts des contractants. Un tel point d'équilibre semble imposer que l'on s'appuie sur le fondement même de la force obligatoire des contrats³³⁷⁴. Bien plus, M. Gomez souligne qu'un des avantages qu'il y a à conclure des contrats formels – ceux-ci étant susceptibles d'entraîner l'application de sanctions légales – vient de ce qu'ils offrent un cadre de gouvernance clair et opérationnel ainsi que des procédures d'échange d'informations, d'apprentissage et de résolution de différends dans lesquels les sanctions socio-économiques interviennent pour créer les incitations souhaitées³³⁷⁵. Ainsi, les règles légales sont considérées comme

³³⁷⁰ Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 11 et s.

³³⁷¹ En ce sens Cf. Ian R. Macneil, *The new social contract – An inquiry into modern contractual relations*, op. cit., p. 93.

³³⁷² Cf. en ce sens F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 31 qui cite des études empiriques démontrant l'importance croissante des contrats formels – et avec ceux-ci l'application des sanctions légales – dans le domaine des industries innovantes.

³³⁷³ En ce sens Cf. P. Coppens, « Remarques épistémologiques sur l'utilisation des concepts économiques en droit » in *Le droit au défi de l'économie* (dir. Y. Chaput), op. cit., p. 212. Pour cet auteur, une des principales difficultés des rapports entre le droit et l'économie est d'imaginer si et dans quelle mesure des attentes légitimes de comportements peuvent irradier les attentes rationnelles ; de tenter de créer des contraintes raisonnables et acceptables par tous pour que l'individualisme méthodologique qui assure la légalité économique puisse s'ouvrir à des formes de solidarité dans les échanges de biens et de services (c'est l'auteur qui souligne l'expression légitimes).

³³⁷⁴ Cf. en ce sens I. de Lamberterie, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport français », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 227 (c'est l'auteur qui souligne dans le texte).

³³⁷⁵ Cf. en ce sens F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 31: "The advantage of having formal contracts is that they seem to provide a clear and enforceable framework of governance and procedures for information exchange, learning, and conflict resolution, in which other – non-

contribuant à améliorer les difficultés liées aux asymétries d'informations entre partenaires et, plus précisément, le droit des contrats permet au stade initial de la répartition des risques entre partenaires de s'appuyer, simultanément ou alternativement, sur les termes explicites et implicites du contrat pour réduire les erreurs et incertitudes contenues dans la convention initiale des parties³³⁷⁶.

1296. Les termes implicites³³⁷⁷ du contrat fourniraient aux parties des références solides quant à la répartition des risques qu'elles opèrent, même si en principe celles-ci doivent discuter et rédiger des termes contractuels clairs dont le sens juridique paraisse univoque et puisse être fortement – voire irréfutablement – présumé par le juge³³⁷⁸. Dans le cadre du BOT en effet, la quête de la complétude se fait souvent non seulement « en extension » – c'est-à-dire en envisageant minutieusement des séries de situations avec les effets de droit que les partenaires entendent y attacher (liste des circonstances de *hardship* ou de force majeure) – mais également en « compréhension » – c'est-à-dire en visant un ensemble de situations et d'effets de droit au moyen d'une formule générale. Nous avons ainsi vu que les partenaires font grand usage d'un certain nombre de clauses reconnues par la pratique internationale, notamment en ce qui concerne la structuration financière du projet ou encore la construction et l'exploitation de celui-ci (Cf. Titre I deuxième partie *supra*).

1297. On relève néanmoins que si la standardisation de certains termes réduit les incertitudes généralement liées à une répartition complexe de risques, elle freine par ailleurs les tentatives de structuration innovante de projets³³⁷⁹. Ainsi, dès que les parties sortent du cadre standardisé, l'incertitude s'accroît pour leurs accords. C'est alors que les signaux légaux vont rentrer en jeu et contribuer à accroître une certaine prévisibilité, laquelle est

legal – mechanisms then intervene to create the desired incentives”; *adde* dans le même sens S. Macaulay, “The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules”, *op. cit.*, p. 61 ainsi que les références citées.

³³⁷⁶ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, *op. cit.*, p. 2035. Pour cet auteur en effet, “*By implying preformulated terms into the basic agreement, the law supplies useful standardized risks assignments*”.

³³⁷⁷ Pour un examen approfondi de cette notion Cf. D. Campbell et H. Collins, “Discovering the implicit dimensions of contracts”, in D. Campbell, H. Collins and J. Wightman (eds), *Implicit dimensions of contract – Discrete, relational and network contracts*, *op. cit.*, p. 25-49; *adde* sur les sources de l'obligation implicite de coopération dans le commerce international: F. Diesse, « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », *op. cit.*, p. 757- 760 où l'auteur vise aussi bien la jurisprudence étatique que la jurisprudence arbitrale.

³³⁷⁸ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, *op. cit.*, p. 2036-2037; *adde*: E. Putman, « L'introuvable contrat complet », *op. cit.*, p. 2482. Il s'agirait pour cet auteur d'une stratégie de réduction des coûts de distorsion qui ressemble beaucoup à une lutte de pouvoir entre les parties et le juge : les rédacteurs de contrats essaient de faire en sorte que l'écart entre la formulation du contrat et la lecture qu'en fera le juge coûte le moins cher possible aux cocontractants. Les parties peuvent ainsi recourir à la stratégie de la clause dite « d'intégralité » par laquelle elles excluent tout autre contenu obligationnel que celui du document contractuel de référence, étanche à toute considération extrinsèque et censé contenir l'intégralité de leur accord. Pour cet auteur, la question demeure cependant de savoir si le juge se tiendra pour lié par une telle présomption de complétude contractuelle ; Francis W. Neate, “Civil Law and Common Law : Rendez-vous in Eurotunnel”, *op. cit.*, p. 3 où cet auteur explique : “*(...) I suggested that my audience first grasp two fundamental principles in English law : freedom of contract and the reluctance to imply terms : in other words that first, subject to certain, relatively unimportant exceptions, you can write into a contract anything you like (freedom of contract) ; but, secondly if you do not write it in, the judge will not write it in for you (reluctance to imply terms)*”.

³³⁷⁹ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, *op. cit.*, p. 2037: “*Contracting parties are likely to encounter substantial problems when they seek to develop innovative agreements for distributing risk*”.

essentielle pour toute coopération stable³³⁸⁰. Une telle prévisibilité selon M. Macaulay consiste – notamment en droit américain – non dans une solution judiciaire prévisible en cas de litige mais, dans le fait que le contrat sera compris et mis en œuvre d’une manière acceptable³³⁸¹. Le rôle des sanctions légales paraît alors celui d’assurer une crédibilité et une effectivité aux engagements pris par les partenaires.

B- La possibilité d’exécuter *ex post* les « menaces » portées au contrat : un souci de crédibilité et d’effectivité de la coopération

1298. Pouvoir exécuter *ex post* les « menaces » portées dans le contrat au cas d’échec ou d’impossibilité d’exécution des sanctions de nature socio-économique et politique rend nécessaire le recours à des sanctions légales, prononcées généralement par voie judiciaire (1). Toutefois, le recours au système légal/judiciaire ne constitue nullement la panacée (2).

1- Le recours aux sanctions légales comme source de crédibilité et d’effectivité

1299. Selon M. Chaput, au milieu des hypothèses des économistes, des modèles et des systèmes proposés, le droit, les sciences juridiques, offrent les clés décisionnelles³³⁸². On a alors considéré que même dans des montages contractuels complexes, les sanctions légales traditionnelles demeurent une menace possible et les parties conduisent leurs affaires avec cette menace en arrière-plan, cet arrière plan influençant lui-même la conduite des événements postérieurs³³⁸³. Souvenons-nous que dans l’histoire originale du jeu du dilemme du prisonnier, il était question de deux complices arrêtés et interrogés pour une infraction à propos de laquelle ils étaient menacés de sanctions pénales. La possibilité ou simplement l’éventualité de faire face à des sanctions applicables, le cas échéant, par la force publique change bien des perspectives ou attitudes. Un des avantages de la saisine du juge, par rapport aux sanctions socio-économiques et politiques, peut consister en un déblocage d’une impasse entre partenaires, surtout lorsque le différend entre ceux-ci devient irrémédiable par d’autres voies³³⁸⁴.

1300. D’un autre côté, la perspective – négative – de se retrouver devant le juge est considérée comme pénalisante, ce qui inciterait les parties à mieux négocier leur accord *ex ante* mais également à diffuser à la même occasion des informations sans lesquelles la partie la mieux informée aurait pu, grâce au flou des clauses du contrat, tenter de tirer un

³³⁸⁰ Ibid. p. 2039; *adde*: F. Gomez, “Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks” in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 31.

³³⁸¹ S. Macaulay, “The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules”, op. cit., p. 58-59: “What is predictable is that contracts in the United States will be carried out in an acceptable fashion. When Americans make a contract, it is not certain that it be performed to the letter of its text or performed at all. Yet, it is a good bet that the parties will perform acceptably”.

³³⁸² Y. Chaput, « Crise du droit des affaires et/ou révolution du droit économique » in Y. Chaput (dir.), *Le droit au défi de l’économie*, op. cit., p. 12.

³³⁸³ Cf. en ce sens D. Campbell, “The Relational Constitution of Remedy: Co-operation as the Implicit Second Principle of Remedies for Breach of Contract”, op. cit., p. 473-474. L’auteur ajoute: “The classical remedies may never be invoked, but they may have a most important influence on the actions of the parties, for their existence, and the possibility that they may be invoked, radiates and influence on the nature of any settlement and on any continuing relation”. *Contra* cependant: R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 179 où l’auteur affirme: “The fairness of the transactions is guaranteed not by the threat of a legal suit, but rather by the anticipation of mutually rewarding transactions in the future”.

³³⁸⁴ Cf. en ce sens Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, op. cit., p. 2042.

avantage indu au cours de la transaction³³⁸⁵. De même, la perspective d'un développement judiciaire du litige avec l'horizon d'une révision décidée finalement par le juge serait la plus puissante incitation concevable pour que les parties trouvent par elles-mêmes, ou avec l'aide d'un tiers médiateur, une solution satisfaisante et conforme au but poursuivi par leur contrat³³⁸⁶.

1301. A l'analyse et compte tenu de ce qui précède, le recours au système légal et judiciaire apparaît dans les rapports de coopération – et partant dans le BOT – comme une solution de défaut et de dernier recours, ce qui démontre qu'une telle solution n'est pas elle-même une panacée.

2- Le recours au système légal/judiciaire n'est nullement la panacée

1302. L'intervention du juge dans un rapport de long terme – en l'occurrence le BOT – semble connaître des limites. Le caractère paradoxal du recours au juge a ainsi été à juste titre révélé dans la mesure où un tel recours est à la fois une menace et une tentation pour l'un ou l'autre partenaire³³⁸⁷. On a ainsi par exemple souligné que les risques d'arbitraire judiciaire sont souvent courus consciemment par l'une des parties ou son conseil³³⁸⁸. Dès lors, la solution idéale en cas de changement de circonstances consiste pour les parties à mettre elles-mêmes au point les mécanismes d'adaptation et de n'admettre l'intervention du juge qu'en dernier ressort³³⁸⁹. M. Macaulay estime en effet que les procédures judiciaires formelles constituent au mieux une étape dans le processus de négociation³³⁹⁰.

1303. Bien plus, l'intervention du juge est elle-même susceptible de générer d'autres difficultés. D'un côté, le juge en tant qu'« exécuter externe » de l'accord des parties peut éprouver des difficultés pour déterminer et imposer des solutions adéquates, notamment en raison du problème de vérifiabilité du paramètre réel (de l'état du monde réel) tel qu'envisagé par les parties³³⁹¹. Ce problème de vérifiabilité traduit en réalité une situation d'asymétrie d'information entre les partenaires et le juge, les partenaires ou l'un d'eux

³³⁸⁵ En ce sens Cf. T. Kirat, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », op. cit., p. 18 où l'auteur se réfère précisément à Ayres et Gertner.

³³⁸⁶ Cf. en ce sens H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 372.

³³⁸⁷ Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2044: "Any enforcement standard that sufficiently deters evasion by one party will inevitably invite evasion by the other"; *adde*: S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 470: "(...) Using the legal process always is a gamble. Furthermore, crafty lawyers use delay and procedural technicality for advantage".

³³⁸⁸ En ce sens Cf. E. Putman, « L'introuvable contrat complet », op. cit., p. 2482. L'auteur reprend les termes d'un avocat expérimenté selon lequel « il ne faut pas priver son client d'une chance d'erreur judiciaire en sa faveur ».

³³⁸⁹ Cf. J. Bell, « Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longue durée, Rapport anglais », in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, op. cit., p. 249. L'auteur se réfère précisément au droit anglais et affirme que les tribunaux ne sont pas particulièrement bien placés pour faire office de marché de substitution ; *adde* : H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 372 où l'auteur affirme que la révision du contrat par le juge doit être considérée comme l'ultime étape de révision du contrat.

³³⁹⁰ S. Macaulay, "An empirical view of contract", op. cit., p. 468: "Filing complaint and pre-trial procedure can be tactics in settlement bargaining; appeals often prompt reversals and remands, leaving the parties to settle or face continuing what seems to be endless process. When final judgements are won, often they cannot be executed because of insolvency"; *adde*: S. Macaulay, "Elegant models, empirical pictures, and the complexities of contract", op. cit., p. 515.

³³⁹¹ En ce sens Cf. F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 30.

pouvant par exemple arguer de la délivrance de biens non conformes aux stipulations contractuelles alors qu'une telle non-conformité n'est pas apparente pour le juge³³⁹². L'asymétrie d'information constituerait alors une limitation importante du pouvoir de contrainte de l'Etat en ce que celui-ci peut difficilement forcer les individus à révéler une information qui leur est propre et qui n'existe que « dans leur tête »³³⁹³. D'un autre côté, le juge peut ne pas assez bien percevoir la dynamique de coopération. Ainsi, un comportement non coopératif peut être une réponse susceptible de restaurer l'équilibre général du rapport coopératif³³⁹⁴.

1304. On a ainsi par exemple souligné que même si l'ordre juridique impose une obligation de bonne foi aux parties – une telle obligation étant par ailleurs difficile à définir concrètement et à circonscrire et évaluer même avec l'aide d'une importante jurisprudence – celle-ci ne serait pas d'un secours déterminant pour les parties tant que des paramètres précis ne sont pas identifiés et réunis³³⁹⁵. Cette dernière opinion est néanmoins combattue par certains auteurs qui l'estiment en contradiction avec la réalité car les parties ont généralement recours à des « termes vagues » – par exemple la bonne foi – dans leur contrat³³⁹⁶. Pour ces auteurs en effet, lorsque les parties procèdent de la sorte, il s'agit d'effectuer une réduction des coûts de transaction en les transférant de l'amont (coûts liés à l'identification des états futurs possibles du monde et des obligations attachées à chaque

³³⁹² Cf. en ce sens Avery W. Katz, "Contractual incompleteness: a transactional perspective", op. cit., p. 174. L'auteur précise que, par convention et sans que cela revête une distinction fonctionnelle, la littérature économique utilise l'expression « observabilité » pour caractériser l'asymétrie d'information entre parties et réserve l'expression « vérifiabilité » pour caractériser l'asymétrie d'information entre les parties et un tiers chargé de veiller à l'exécution de leur accord. *Adde* pour une critique de cette littérature R. Craswell, "The 'incomplete contracts' literature and efficient precautions", op. cit., p. 155-158 (Pour l'auteur en substance (p. 158), "In many cases, courts may be able to evaluate particular actions *imperfectly* (which is to say, with some risk of error), and sometimes even an imperfect evaluation will be enough to alter parties' incentives"; R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 195.

³³⁹³ A. Wolfelsperger, *Economie publique*, op. cit., p. 186 (C'est l'auteur qui souligne dans le texte).

³³⁹⁴ En ce sens Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2009; *adde*: F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 36 préc. note 23 où l'auteur relève que : "Klein (1995), 28-30, underlines the importance of termination-at-will for the effectiveness of self-enforcing mechanisms, and how legal constraints – mandatory severance payments or compensation, or good cause requirements – severely limit this option".

³³⁹⁵ Cf. en ce sens F. Gomez, "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks" in F. Cafaggi (ed.), *Contractual networks, inter-firm cooperation and economic growth*, op. cit., p. 27: "And, as side note to lawyers, one may also add that the fact the legal system may impose obligations of good faith behavior on the parties – always difficult to define, to detect and to monitor, even when there is significant case law at hand – is not going to improve matters in any significant way, at least unless very exacting conditions are met"; *adde* dans le même sens: H. Bouthinon-Dumas, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », op. cit., p. 361: "Il nous semble toutefois que l'invocation de cette notion est une source d'insécurité juridique étant donné son caractère assez imprécis"; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, op. cit., Tome I, p. 169 où l'auteur précise: « La bonne foi constitue, au même titre, par exemple, que les bonnes moeurs un « concept ouvert ». Il faut entendre par là qu'il est impossible de lui donner un contenu théorique définitif et qu'il appartient au juge d'en apprécier la signification exacte dans chaque cas d'espèce (...) ». *Contra* toutefois C. Jamin, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », op. cit., p. 57 qui affirme: "En définitive, parce qu'il favorise la réalisation de l'objet du contrat, le recours au concept de bonne foi me semble avoir partie liée avec la recherche d'une plus grande efficacité économique".

³³⁹⁶ Cf. R. E. Scott et G. G. Triantis, "Incomplete contracts and the theory of contract design", op. cit., p. 195-196: "This is a sensible approach in the course of developing a theory of contract design, but it yields predictions that are clearly at odds with the real world. For example, contract theorists commonly label vague terms such as "best efforts", "reasonable care", and "good faith" as nonverifiable and therefore not contractible. Yet, these terms are commonplace in commercial contracts".

état) vers l'aval (coûts d'exécution y compris les coûts d'éventuels litiges)³³⁹⁷. Il en est ainsi parce que tandis qu'en amont les parties doivent tenter d'envisager tous les états futurs possibles dans leur contrat initial, le juge doit en aval identifier uniquement l'état du monde qui s'est matérialisé ainsi que l'obligation efficiente corrélative à cet état précis³³⁹⁸. Néanmoins, le Professeur Williamson s'oppose à cette manière de voir les choses et estime que les contrats doivent être appréciés dans leur globalité, avec emphase sur les caractéristiques de leur structure de gouvernance³³⁹⁹. Cette controverse souligne une fois de plus la difficulté à consacrer un système unique de régulation des rapports de coopération.

1305. De manière générale, la forte coercition liée aux sanctions légales peut se révéler incompatible avec le souci de flexibilité permettant les ajustements nécessaires qui renforcent la coopération entre partenaires. M. Robert Scott en conclut que si les sanctions légales peuvent constituer un atout considérable pour encourager et restaurer, le cas échéant, la coopération entre partenaires, elles sont loin de constituer une panacée³⁴⁰⁰. En définitive, la grande difficulté relative à la coopération semble résider dans le fait que celle-ci ne peut véritablement entraîner des gains mutuels que sur la base d'un processus d'apprentissage fait d'essais et d'erreurs et forcément lent et douloureux³⁴⁰¹. Les limites des sanctions tant de nature socio-économique que légales semblent suggérer que les tensions ou conflits occasionnels sont inévitables dans tout rapport de coopération³⁴⁰². Le modèle coopératif tel qu'il émerge de cette étude consiste en la capacité de maintenir une texture ouverte au contrat de BOT ainsi que de combiner et d'adapter à chaque projet à la fois les sanctions de nature socio-économique et les sanctions légales.

CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

1306. Sous l'angle d'unité, le concept de BOT apparaît comme un instrument de coopération économique qui permet d'appréhender une opération caractérisée à la fois par l'harmonie et les conflits, ainsi que par une quête d'équilibre dans le changement. Ce concept nous a permis d'envisager la validité de la coopération d'une manière plurielle. La complexité d'une opération de BOT, et plus généralement des opérations économiques, nous invite en effet à nous accommoder de processus de validation pluriels – c'est-à-dire basé sur des critères pluriels, notamment intrasystémiques, empiriques et axiologiques – relatifs – i.e. susceptible de recevoir des intensités et donc des effets très variables – et récursifs – non pas seulement produit d'en haut, par le législateur, ou d'en bas, par les sujets de droit, mais résultant d'une interaction continue de l'ensemble des acteurs.

³³⁹⁷ Ibid. p. 197: *"In many cases, there may be savings on transaction costs from shifting cost to the back end through the use of vague standards. Although a court may not have perfect information (indeed, some information may even be nonverifiable), its information may yet be superior to (less costly than) that of the parties at the time they contract"*.

³³⁹⁸ Ibid. p. 197: *"In particular, the parties would need to consider all possible states of the world in their initial contract, while the court need only identify the single materialized state of the world and the efficient obligations in that state. By using broad standards such as "best efforts", the parties defer this task to the litigation stage"*.

³³⁹⁹ O. E. Williamson, "Credible commitments: Using hostages to support exchange", op. cit., p. 538. L'auteur ajoute: *"Principles of justice or competition that look the relation between the parties at the execution stage without examining the ex ante bargaining relation are at best incomplete and are frequently mistaken"*.

³⁴⁰⁰ Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2046.

³⁴⁰¹ Cf. en ce sens R. Axelrod, *The evolution of cooperation*, op. cit., p. 191.

³⁴⁰² En ce sens Cf. Robert E. Scott, "Conflict and cooperation in long-term contracts", op. cit., p. 2009.

- 1307.** L'interaction, mieux l'interdépendance, entre partenaires est justement de l'essence même du BOT, dont la finalité est la réalisation d'une opération d'intérêt général. L'intérêt général lui-même, par essence dynamique, imprime par conséquent son caractère à l'ensemble de l'opération, notamment à travers l'acte fondateur de la coopération entre partenaires, en l'occurrence le contrat de BOT. Ce dernier doit donc assurer une coopération équilibrée et dynamique s'inscrivant sur une longue durée, d'où sa nature de contrat incomplet (ou sa texture ouverte). Une telle nature induit une coopération active entre partenaires dont les interactions conduisent à comparer le BOT à un jeu stratégique de longue haleine.
- 1308.** Envisagé comme un jeu stratégique de longue haleine, le BOT révèle la nécessité de poser des règles « procédurales » claires, performantes et flexibles – cadre institutionnel et réglementaire adéquat donc – pour régir une opération qui s'organise à travers une interdépendance contractuelle et structurelle. En effet, parce que les joueurs ne sont pas absolument libres dans la mesure où ils n'interviennent pas dans le vide mais dans un « espace de jeu » qu'exploite le « sens du jeu » du joueur, la théorie des jeux coopératifs s'avère particulièrement intéressante pour comprendre la nécessité et l'importance de la coopération comme fondement crédible du succès de l'opération BOT. La coopération puise sa source aussi bien dans sa nature propre en tant que norme de comportement applicable à tous les partenaires que du contrat en tant qu'instrument de gains mutuels. Ce dernier vise l'agencement rationnel des moyens matériels et humains en vue d'atteindre dans des conditions optimales un objectif d'intérêt général, ce qui donne à l'instrument coopératif qu'est le BOT une certaine efficacité. Une telle efficacité n'échappe toutefois pas à une certaine régularité car en tant qu'il permet une certaine « contrôlabilité », une rationalité juridique guide également l'opération BOT.

CONCLUSION GENERALE

“Discussion is a co-operative quest of an impersonally, “objectively” right (or best) solution of an impersonal problem. It cannot be an attempt to “sell” a solution already reached, or it is not a discussion”

F. H. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1921 (3rd impression 1937), preface to the re-issue, p. xxxiii.

1309. Développé par la pratique, le concept de BOT a jusqu’alors été dominé par un certain flou sur le plan juridique. L’ambition de la présente étude était de contribuer à tirer ce concept de ce flou et de l’approximatif qui le caractérisent, de sorte à en révéler la nature authentique et l’unité. Notre investigation a dès lors pris les traits d’une entreprise généalogique, démarche à même de permettre une approche critique susceptible d’autoriser la formulation d’un nouveau cadre théorique plus englobant, rendant à la fois compte des survivances et transformations des représentations actuelles du concept de BOT desquelles dérivent son originalité et son unité. Une telle approche critique, quoique principalement appuyée sur *law and economics*, s’est en réalité fondée sur une méthode pragmatique – c’est-à-dire la synthèse d’une pluralité des méthodes – seule capable d’éclairer le contexte du BOT, à savoir les rapports entre Etat et marché. Un tel contexte a sans doute influencé la lecture duale actuelle du concept de BOT. En effet, appréhendé sous une approche duale – juridique classique (ou juridico-institutionnelle) et économique et financière –, le concept de BOT révèle sous ce double prisme que derrière chacune de ces approches se cache une organisation, une interprétation et des grilles de lecture qui se veulent protectrices de certains intérêts. Toutefois, même si elle offre l’avantage d’un éclairage particulier et apporte la précision du spécialiste de l’une et l’autre approche, une telle approche segmentée du concept de BOT brise l’unité de l’objet et n’apparaît par conséquent pas satisfaisante, ni pour l’esprit, ni dans la réalité. Or à l’examen, ces différentes approches décrivent en fait les diverses faces d’une seule et même réalité, une coopération économique, faite à la fois d’harmonie et de conflits, d’équilibre et de changement. Sous l’angle d’unité par contraste, le BOT se révèle être un instrument de coopération économique, la coopération apparaissant alors comme un fondement crédible et une garantie nécessaire du succès de ce type d’opérations, lesquelles s’avèrent parfois complexes. S’agissant d’opérations d’une certaine complexité en effet, notre démarche pragmatique a permis d’envisager la validité de la coopération dans le cadre du BOT de manière plurielle, sur la base de critères notamment stratégiques (jeux coopératifs), axiologiques (dans un cadre fortement interdisciplinaire), intrasystémiques, relatifs et récurrents. Il en est résulté que la coopération puise sa source aussi bien dans sa nature propre en tant que norme de comportement applicable à tous les partenaires à l’opération que dans le contrat de BOT en tant qu’instrument de gains mutuels. De là l’efficacité d’une telle coopération, l’effectivité de celle-ci pouvant être assurée par une panoplie de sanctions de nature juridique, socio-économique et politique.

1310. L’approche unitaire du concept de BOT s’impose d’autant plus que si l’approche duale longuement analysée se veut protectrice de certains intérêts – notamment intérêts publics et intérêts privés –, de tels intérêts au demeurant légitimes se combinent dans le cadre du BOT afin de permettre la réalisation de sa finalité. Plus généralement en effet, à défaut de volonté étatique toujours unifiée – illusion politique aujourd’hui largement dissipée comme l’actualité le prouve chaque jour – c’est plutôt un système d’action composite

(d'ailleurs caractéristique du BOT) qui se fait valoir, reposant sur un réseau d'acteurs publics et privés, nationaux et étrangers, dont les interactions sont nombreuses et deviennent de plus en plus complexes. Dans ce contexte, un double défi semble marquer la réalisation de grands projets publics ou d'intérêt collectif : d'une part, assurer une coordination des interactions précitées et, d'autre part, assurer entre les partenaires engagés dans de tels projets un équilibre dynamique d'ensemble sur la durée.

1311. Le BOT semble constituer un instrument idéal pour relever ce double défi. Au point de vue de la coordination des interactions entre différents acteurs, le BOT fournit une solution à plusieurs dimensions, grâce notamment à son caractère hybride ainsi qu'à son aspect outil de « contrôlabilité » de l'action des partenaires. En effet, la coordination des acteurs se réalise d'une part, grâce au contrat de BOT et à travers la société du projet et, d'autre part, grâce aux mécanismes de « contrôlabilité » tant externes – régulation du secteur d'activité par exemple – qu'internes – combinaison incitation-surveillance notamment – qu'imposent toute opération de BOT³⁴⁰³. De plus, l'interdépendance structurelle et contractuelle sur laquelle repose le BOT se traduit par une double orientation d'actions. En effet, toutes les actions recherchent simultanément le profit de l'opération et celui de chaque partenaire ou groupe de partenaires. Parce qu'instrument de coopération économique, le BOT présuppose en effet la coexistence de la finalité commune et des intérêts des partenaires privés. Une telle double orientation d'actions fait l'effet d'une contrainte, car toutes les actions semblent soumises à un double test, particulièrement dans la mesure où la performance de nombreux partenaires peut être mesurée ou, à tout le moins, objectivée. Toutefois, cet effet de contrainte représente également une incitation, puisque le succès de l'opération correspond à des gains pour chaque partenaire. Ainsi par exemple, le partage du profit entre les différents partenaires correspond à la logique de l'opération BOT car permettant alors d'aligner les incitations sur le même plan et de faire dépendre le résultat collectif du comportement coopératif de chaque partenaire. Dès lors, à l'aide de schémas incitatifs et de sanctions sophistiquées, des clauses contractuelles particulières veillent à rencontrer les motivations réelles des partenaires (autre aspect outil de « contrôlabilité » du BOT). En ce sens, le BOT permet une contractualisation³⁴⁰⁴ de l'intérêt général. Une telle contractualisation apporte par ailleurs une solution au second défi sus-évoqué à savoir assurer entre les partenaires un équilibre dynamique d'ensemble sur la durée. Contrat incomplet en effet, le contrat de BOT garde une texture ouverte et permet notamment de préserver une certaine « discrétion » au profit du partenaire public. Une telle « discrétion » s'avère au demeurant légitime au regard de la finalité non seulement du BOT lui-même, mais plus généralement de l'action publique³⁴⁰⁵. Néanmoins, en tant qu'outil de « contrôlabilité » et de « signalling », le BOT empêche par ailleurs que cette « discrétion » soit transformée en

³⁴⁰³ Et comme pour démontrer que l'Etat, même en l'absence de volonté étatique toujours unifiée, n'est pas un appendice du marché dans le cadre du BOT, celui-ci exerce un rôle déterminant dans cette triple action de coordination, tant indirectement à travers son droit des sociétés et groupements que plus directement, d'une part, dans le cadre du contrat de BOT et, d'autre part, dans la régulation de l'activité ou du secteur concerné par le BOT et l'application des mesures d'incitation et de surveillance du projet.

³⁴⁰⁴ La contractualisation implique de manière générale la substitution aux relations fondées sur la contrainte et l'autorité de relations reposant sur le dialogue et la recherche du consensus. Elle ne doit toutefois pas être confondue avec l'idéologie du contractualisme, lequel contractualisme « *fait du lien contractuel la forme la plus haute et la plus libre du lien entre les personnes* » : Cf. A. Supiot, « La relativité du contrat en questions. Conclusion générale », in *La relativité du contrat*, op. cit., p. 187.

³⁴⁰⁵ Relevons en effet que le recours à la technique contractuelle permet dans ce cas au partenaire public d'assurer une meilleure application de ses choix sur le terrain, en obtenant la coopération active des partenaires privés aux priorités qu'il a fixées.

arbitraire ou que l'opération soit détournée de sa finalité. En outre, pour s'attaquer aux problèmes de transferts de risques suspects et de limitations factices de responsabilités que peuvent poser ce type d'opérations, la réplique politique et juridique s'appuie sur les mécanismes de « contrôlabilité » externes et internes précités.

1312. Plus fondamentalement, face à la complexité du BOT, le juriste – mais également les Etats et tous intéressés – nous semble avoir besoin de repères simples³⁴⁰⁶, constituant une sorte de dénominateur commun aux nombreuses formes de PPP dont le BOT n'est qu'une modalité, et susceptibles de guider son action. Envisagé comme un instrument de coopération économique, le BOT acquiert une unité conceptuelle, laquelle renforce sa nature fonctionnelle et pratique, pour le plus grand bien des théoriciens et des praticiens. Ceux-ci pourront – et là réside notre ambition – mieux appréhender cette technique et la mettre utilement au service de nombreuses populations qui, à l'échelle de la planète, ont un besoin urgent d'infrastructures et de services collectifs. En effet, le BOT n'apparaît nullement comme un instrument dont la seule tâche – purement matérielle – serait le financement des infrastructures et services par des fonds privés, mais comme une conception globale dont la finalité est essentiellement une réalisation optimale d'objectifs d'intérêt général. L'exigence de coopération sur laquelle repose ce type d'opérations s'avère alors fondamentale, ce pour au moins deux raisons : d'une part, elle est un facteur participant de l'éducation du comportement des partenaires pour leur assurer les gains mutuels escomptés et, d'autre part, elle constitue un moyen de diriger cette pratique des affaires vers une certaine garantie de sécurité.

1313. La coopération nous paraît éclairer et enrichir le sens et la portée de la volonté des partenaires engagés dans une opération de BOT en mettant en évidence que le respect des engagements pris doit être accompagné par le souci d'efficacité et d'utilité de l'opération en cause. Conçue comme étant de l'essence même des rapports entre les partenaires et en tant que facteur de rapprochement ou d'union, la coopération apparaît plus généralement comme un principe régulateur et moralisateur des transactions. Toutefois, si cette notion ne peut s'inscrire dans les définitions et catégories juridiques classiques, ni s'aligner avec docilité derrière des concepts connus, l'étude du BOT a démontré que son caractère prétendument expansionniste – ce qui pourrait s'expliquer par sa consubstantialité avec tout rapport d'échange – ou encore la prétendue complexité de sa mise en œuvre constituent des critiques qui ne peuvent emporter conviction et ne sont nullement décisives. La théorie des jeux nous enseigne en effet que ce qui est une faiblesse de la coopération fait également sa force puisque si la coopération était certaine, elle susciterait la défection. La coopération apparaît dans ce contexte presque toujours conditionnelle.

1314. En définitive, faire de la présente étude une plate-forme pour des réflexions sur le concept de BOT participe également de notre ambition. Opération de nature essentiellement coopérative³⁴⁰⁷ et se traduisant notamment par l'intégration des intérêts

³⁴⁰⁶ Selon Sir Alastair Morton par exemple : « *Therefore, in all your future plans for Mega Projects, build in a client at the start and never lose momentum – however seductive the legal detours available* » : Sir A. Morton, "The greatest toolgate in the World", in IBL, January 1996, p. 7.

³⁴⁰⁷ L'exploitation d'un des plus importants BOT européens – et peut-être même au monde – à savoir le tunnel sous la Manche (projet Eurotunnel mentionné à plusieurs reprises) témoigne de cet esprit et de ce devoir de coopération entre partenaires à un projet BOT. En effet, en dépit de nombreuses difficultés de toutes natures, parfois graves – et peut-être en raison de ces difficultés – les différentes parties prenantes ont essayé et essaient de coopérer à chaque fois pour trouver des solutions. Aucune des parties prenantes ne semble sérieusement envisager de cesser l'exploitation du tunnel. L'imbrication, mieux l'interdépendance des intérêts et des relations entre parties semble en effet y jouer un rôle incitatif et catalyseur de la coopération. Ce projet est selon nous

publics et privés, le BOT entraîne en effet tant l'enchevêtrement, dans une combinaison particulière et dans un esprit ouvert sur l'avenir, des obligations des partenaires que la contrainte des normes socio-économiques et politiques (par exemple l'effet de réputation). A notre sens, le BOT permet d'introduire un peu de rationalité dans l'équité et de l'humanité dans l'efficacité. Tout ceci pousse les actions des partenaires à une interdépendance – notamment contractuelle, structurelle, économique et financière – à ce point étroite que les questions qu'elle soulève touchent à la capacité collective d'action coopérative dans le cadre des partenariats public-privé. Ces questions s'adressent également à la recherche empirique sociale, politique et économique. Une telle recherche empirique offre au demeurant l'avantage de parachever l'analyse conceptuelle, conformément à la méthode de *law and economics* telle que proposée par MM. les Professeurs Mackaay et Rousseau (Cf. *supra* n° 473). En tout cas, la problématique ne nous semble pas se limiter au seul champ de la construction juridique.

l'exemple concret d'une quête d'équilibre dynamique d'ensemble inscrite sur la durée, d'autant plus remarquable qu'il ne bénéficie d'aucune garantie publique.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX (EN ANGLAIS ET EN FRANÇAIS)

A- MONOGRAPHIES

- 1- ANDERSEN Niels A., *Partnerships. Machines of possibility*, Bristol, The Policy Press University of Bristol, 2008.
- 2- ASENSIO Angel, *Le fonctionnement des économies de marché – Micro et macroéconomie de l'équilibre général*, Bruxelles, de Boeck, 2008.
- 3- AXELROD Robert, *The evolution of cooperation* (Revised edition), New York, Basic Books, 2006.
- 4- BEESLEY M.E., *Privatization, Regulation and Deregulation* (2nd edition), London, Routledge, 1997.
- 5- BERNARD Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, 2001.
- 6- BEZANCON Xavier, *Essai sur les contrats de travaux publics et de services publics – Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, 1999.
- 7- BOITEAU Claudie, *Les conventions de délégation de service public – Transparence et service public local*, Paris, Editions du Moniteur, 2007.
- 8- BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans l'U.E. et Outre-mer*, Bruxelles, Bruylant, Tome II, 1996.
- 9- BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans la C.E.E. et Outre-mer*, Bruxelles, Bruylant, Tome I, 1992.
- 10- CHATILLON Stéphane, *Le contrat international*, 3^{ème} édition, Paris, Vuibert, 2007.
- 11- CHENUT C.-H., *Le contrat de consortium*, Paris, LGDJ, 2001.
- 12- CLUZEL-METAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de la qualité*, Paris, Dalloz, 2006.
- 13- COHEN-TANUGI Laurent, *Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, Quadriga/PUF, 2^{ème} édition, 2007.
- 14- COIBION A., *Les conventions d'actionnaires en pratique. Contraintes juridiques, typologie et application aux opérations de **Private Equity***, Bruxelles, Larcier, 1^{ère} éd. 2010.
- 15- COLEMAN James S., *Foundations of social theory*, Cambridge/London, The Belknap Press of Harvard University Press, 1990.
- 16- COLLIER Paul, *The Bottom Billion – Why the poorest countries are failing and what can be done about it*, New York, Oxford University Press, 2008.
- 17- COLLINS Hugh, *Regulating contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- 18- COOPER Phillip J., *Governing by contract – Challenges and opportunities for Public managers*, Washington, D.C., CQPress, 2003.
- 19- CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2002.

- 20-COSSALTER Philippe, *Les délégations d'activités publiques dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2007.
- 21-CROZET Yves, *Analyse économique de l'Etat*, Paris, Armand Colin, 2^{ème} éd., 1997.
- 22-De QUATREBARBES B., *Usagers ou Clients ? Marketing qualité dans les services publics*, Paris, Les éditions d'Organisation, 2^{ème} tirage, 1996.
- 23-DELMON J., *Private sector investment in infrastructure – Project finance, PPP projects and risk*, The Netherlands, Wolters Kluwer Law & Business, 2nd ed., 2009.
- 24-DELMON J., *Project finance, BOT Projects and Risk*, The Hague, Kluwer Law International, 2005.
- 25-DELMON J., *Public-private partnership projects in infrastructure – An essential guide for policy makers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- 26-DEOM Diane, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990.
- 27-DOM Jean-Philippe, *Les montages en droit des sociétés*, Paris, Joly éd. Pratique des affaires, 1994.
- 28-Du MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences po et Dalloz, 2004.
- 29-DUBISSON M., *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy S.A., 1989.
- 30-DUFAU Jean, *Droit des travaux publics*, Paris, PUF, 1998.
- 31-DUFAU Jean, *Les concessions de service public*, Paris, éditions du Moniteur, 1979.
- 32-EASTERLY William, *The elusive quest for growth – Economists' adventures and misadventures in the tropics*, Cambridge, The MIT Press, 2002 (Paperback edition).
- 33-EASTERLY William, *The white man burden – Why the west's efforts to aid the rest have done so much ill and so little good*, New York, Oxford University Press, 2007 (Paperback edition).
- 34-EWALD François, *L'Etat providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986.
- 35-FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.
- 36-FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations* (deux tomes), Paris, PUF, 2^{ème} éd. mise à jour, 2010.
- 37-FABRE-MAGNAN M., *Introduction générale au droit - Cours et méthodologie*, Paris, PUF, 2^{ème} tirage 2010.
- 38-FITOUSSI Jean-Paul, *La démocratie et le Marché*, Paris, Grasset, édition 2007.
- 39-FLOGAÏTIS Spyridon, *Administrative Law et droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1986.
- 40-FONTANEL Jacques, *L'action économique de l'Etat*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- 41-FRIEDMAN David D., *What Economics has to do with Law and why it matters*, New Jersey, Princeton University Press, 2000.
- 42-GAHDOUN P.-Y., *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2008.

- 43-GANEM P.-H., *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux – Grands projets : mines/énergie/métallurgie/infrastructures*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- 44-GENY F., *Science et technique en droit privé positif – Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, troisième partie (élaboration technique du droit positif), Paris, Sirey, 1921.
- 45-GLAVINIS Panayotis, *Contrat international de construction*, Paris, G.L.N. Joly, 1993
- 46-GUASCH J. Luis, *Granting and renegotiating infrastructure concessions – Doing it right*, Washington DC, World Bank Institute, 2004.
- 47-GUISLAIN Pierre, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1995.
- 48-HOFFMAN Scott L., *The law and business of international project finance (A resource for Governments, Sponsors, Lenders, Lawyers and Project Participants)*, New-York, Kluwer Law International, second edition, 2001.
- 49-HOFFMAN Scott L., *The law and business of international project finance*, Cambridge, Cambridge University Press, 3rd edition, 2008.
- 50-HULL J., *Options, futures et autres actifs dérivés*, Paris, Pearson Education France, 6^{ème} éd. 2007.
- 51-JALUZOT Béatrice, *La bonne foi dans les contrats – Etude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001.
- 52-KAMDEM Emmanuel, *Management et interculturalité en Afrique – Expérience camerounaise*, Québec/Paris, Les Presses de l'Université de Laval/L'Harmattan, 2002.
- 53-KERNINON Jean, *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 1994.
- 54-KNIGHT Frank H., *Risk, Uncertainty and Profit*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1921 (3rd impression 1937).
- 55-KOULIBALY Mamadou, *Les servitudes du pacte colonial*, Abidjan, NEI, 2^{ème} éd., 2005.
- 56-LAAZOUZI Malik, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, Economica, 2008.
- 57-LATOUBER Bernard, *L'espoir de Pandore : pour une version réaliste de l'activité scientifique*, Paris, La Découverte, 2001.
- 58-LAVIEC J.-P., *Protection et promotion des investissements*, Paris, PUF, 1985.
- 59-Le MASNE Pierre, *Les services publics : approches économiques et enjeux sociaux*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007.
- 60-LE MESTRE Renan, *Droit du service public*, Paris, Gualino éditeurs, 2005.
- 61-LE PORS A., *L'Etat efficace*, Paris, éd. Robert Laffont, 1985.
- 62-LEBRETON Sylvie, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes – Etude particulière aux contrats de distribution*, Paris, Litec, 2002.
- 63-LECLERC F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- 64-LEPAGE Henri, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985.

- 65-LEROY Marc, *Sociologie des finances publiques*, Paris, Editions La découverte, 2007.
- 66-LEROY Michel, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4^{ème} éd., 2008.
- 67-LEVY Sydney M., *BOT: Paving the way for tomorrow's infrastructure*, New York, John Wiley & Sons, 1996.
- 68-LEVY-BRUHL H., *Sociologie du droit*, in collection Que sais-je?, Paris, PUF, 5^{ème} éd., 1^{er} trimestre 1976.
- 69-LIGNIERES Paul, *Partenariats public-privé (Contrats de partenariat, montages complexes, financement de projet, réforme de l'Etat, droit public des affaires)*, Paris, LexisNexis/Litec, 2^{ème} édition, 2005.
- 70-LIGNIERES Paul, *Partenariats publics privés*, Paris, Editions Litec, 2000.
- 71-LOASBY Brian J., *Equilibrium and evolution. An exploration of connecting principles in economics*, Manchester, Manchester University Press, 1991.
- 72-MACKAAY Ejan, *L'analyse économique du droit – Vol. 1 Fondements*, Les éditions Thémis et Bruylant, Bruxelles, 2000.
- 73-MACNEIL Ian R., *The new social contract. An inquiry into modern contractual relations*, New Haven and London, Yale University Press, 1980.
- 74-MALARD A., *Le cofinancement Banque Mondiale- Banques commerciales*, Paris, PUF, 1988.
- 75-MARCHAND Christophe, *Economie des interventions de l'Etat*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 1^{ère} éd. 1999.
- 76-MARLIERE Philippe, *La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste*, Bruxelles, Les éditions Aden, 2008.
- 77-MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, LGDJ, 2004.
- 78-MESCHERIAKOFF Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, PUF, 2^{ème} édition mise à jour, 1997.
- 79-MICHEL Jean-Claude, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, L.G.D.J., 1990.
- 80-MODEN Jacques, *Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, Bruxelles, CRISP, 2008.
- 81-MODERNE Franck, *La sous-traitance des marchés publics*, Paris, Dalloz, 1995.
- 82-MOJUYE Joseph-Benjamin, *Le droit des produits dérivés financiers (Swaps, Options, Futures...) en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 2005.
- 83-MOLONEY Niamh, *How to protect investors – Lessons from the EC and the UK*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- 84-MÖRIC Kim Eric, *Les partenariats public-privé – Le choix du partenaire privé au regard du droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- 85-MOYO Dambisa, *Dead Aid - Why aid is not working and how there is a better way for Africa*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2010 (Paperback edition).
- 86-NUYTS A., *L'exception de **forum non conveniens** – Etude de droit international privé comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003.

- 87-OKUN Arthur M., *Egalité vs efficacité. Comment trouver l'équilibre ?*, Paris, Economica, 1982.
- 88-PAPAUX A., *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction – L'exemple du droit international privé*, Lausanne/Paris/Bruxelles, Schulthess/LGDJ/Bruylant, 2002.
- 89-PELLE Sébastien, *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, Paris, Dalloz, 2007.
- 90-PICARD P., *Eléments de microéconomie – Vol.1 Théorie et applications*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} édition, 1992.
- 91-PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989.
- 92-PINGEL-LENUZZA Isabelle, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- 93-PIRONON V., *Les joint ventures – Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, Paris, Dalloz, 2004.
- 94-PLESSIX Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003.
- 95-POITRINAL F.-D., *Le capital-investissement – Guide juridique et fiscal*, 2^{ème} éd., Paris, Galexia Editions, 2001.
- 96-POLTIER Etienne, *Les entreprises d'économie mixte – Etude de droit suisse et de droit comparé*, Genève, Librairie Droz, 1983.
- 97-PORACCHIA Didier, *La réception juridique des montages conçus par les professionnels*, Marseille, PUAM, 1998.
- 98-PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Paris, Litec, 1992.
- 99-PRŮM André, *Les garanties à première demande – Essai sur l'autonomie*, Paris, Editions Litec, 1994.
- 100- RANGEON François, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986.
- 101- ROYER Guillaume, *L'efficience en droit pénal économique – Etude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, Paris, LGDJ, 2009.
- 102- RUTTIENS Alain, *Futures, Swaps, Options – Les produits financiers dérivés*, 3^{ème} éd., Liège, Edipro, 2009.
- 103- SACHS Jeffrey D., *The end of poverty – Economic possibilities for our time*, New York, Penguin Books, 2005.
- 104- SAVAS E.S., *Privatization and Public-Private Partnership*, New York/London, Chatam House Publishers, 2000.
- 105- SEN Amartya, *Development as freedom*, New York, Oxford University Press, 2001 (Paperback edition).
- 106- SEN Amartya, *L'économie est une science morale*, Paris, La Découverte, 2003 (version poche).
- 107- SIMONART V., *L'association momentanée*, Bruxelles, Creadif, 1990.

- 108- SIMONART V., *La personnalité morale en droit privé comparé : unité du concept et ses applications pratiques : Allemagne, Angleterre, Belgique, Etats-Unis, France, Italie, Pays-Bas et Suisse*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- 109- STEELE Jenny, *Risks and Legal Theory*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004.
- 110- SYMCHOWICZ Nil, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Imprimerie Nationale Editions, 2003.
- 111- TEUBNER Gunther, *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1996.
- 112- THIRION Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles et Paris, Bruylant/LGDJ, 2002.
- 113- VAN OMMESLAGHE Pierre, *Droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010 (3 Tomes).
- 114- VINTER Graham, *Project Finance – A legal Guide*, London, Sweet & Maxwell, 3rd edition, 2006.
- 115- VILLEY M., *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1975.
- 116- Von UNGERN-STERNBERG Thomas, *L'assurance immobilière en Europe : les limites de la concurrence*, Paris, Economica, 2002.
- 117- WEBER Luc, *L'Etat, acteur économique – Analyse économique du rôle de l'Etat*, Paris, Economica, 3^{ème} édition, 1997.
- 118- WILLIAMSON O. E., *The economic institutions of capitalism*, New York, The Free-Press, 1985 / *Les institutions de l'économie*, Paris, InterEditions, 1994, (préf. de M. Ghertman, traduit par R. Coeurderoy).
- 119- WOLFELSPERGER Alain, *Economie publique*, Paris, PUF, 1995.
- 120- WOOD Philip R., *Project Finance, Securitisations, subordinated debt*, London, Sweet & Maxwell, 2007.
- 121- WOOD Philip R., *Project Finance, Subordinated debt and State Loans*, London, Sweet & Maxwell, 1995.
- 122- ZEIN Y., *Les pools bancaires : Aspects juridiques*, Paris, Economica, 1998.

B- OUVRAGES COLLECTIFS – MELANGES – LIBER AMICORUM – COLLOQUES

- 1- ADAM François, FERRAND Olivier, RIOUX Rémy, *Finances publiques*, Paris, Presses de sciences po et Dalloz, 2003.
- 2- AKITOBY Bernardin, HEMMING Richard et SCHWART Gerd, *Investissement public et partenariats public-privé*, Washington, Fonds monétaire international, 2007.
- 3- AUBY J.-M., BON P., AUBY J.-B., *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2003.
- 4- BATSELE Didier, FLAMME Philippe, QUERTAINMONT Philippe, *Initiation aux marchés publics*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2001.

- 5- BEKOLO-EBE Bruno, TOUNA Mama et FOU DA Séraphin Magloire (direction), *Dynamiques de développement – Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21^{ème} siècle* (Mélanges en l'honneur de Georges Walter NGANGO), Paris, Montchrestien, 2003.
- 6- BENICHOU Ivan et CORCHIA David, *Le financement de projet – Project Finance*, Paris, Editions ESKA, 1996.
- 7- BENICOURT Emmanuelle et GUERRIEN Bernard, *La théorie économique néoclassique – Microéconomie, Macroéconomie et théorie des jeux*, 3^{ème} édition, Paris, La Découverte, 2008.
- 8- BOON J.-A. et GOFFIN R., *Les contrats « clés en mains »*, Paris, Masson, 2^{ème} éd., 1987.
- 9- CAFAGGI Fabrizio (ed.), *Contractual networks, Inter-firm cooperation and Economic growth*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.
- 10-CANIVET G., FRISON-ROCHE M.-A., KLEIN M. (direction), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, 2005
- 11-CARREAU D. et JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2005.
- 12-CASSAN Hervé (direction), *Contrats internationaux et pays en développement*, Paris, Economica, 1989.
- 13-CHAPUT Yves (direction), *Le droit au défi de l'économie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002.
- 14-COLMANT B., GHYSBRECHT J., HAREVALS J., WALTREGNY B., *Les stock options en Belgique - Considérations fiscales, financières et comptables*, Bruxelles, Larcier, 2004.
- 15-COPPENS P. et LENOBLE J. (direction), *Démocratie et procéduralisation du droit (Travaux des XVI^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de philosophie du droit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- 16-COSSALTER P., Du MARAIS B., *La Private Finance Initiative*, Paris, Institut de la gestion déléguée, 2001.
- 17-CUMMING Douglas J. and JOHAN Sofia A., *Venture Capital and Private Equity Contracting - An international perspective*, Burlington, Elsevier AP, 2009.
- 18-CVDA (Commission vie et droit des affaires), *Les grandes clauses des contrats internationaux*, FEDUCI, 55^{ème} séminaire de la CVDA, Bruxelles 11 et 12 mars 2005, Bruylant, 2005.
- 19-DAINTITH T. and TEUBNER G. (Editors), *Contract and Organisation: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1986.
- 20-DALLIER P., de La PRADELLE G., GHERARI H., *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004.
- 21-DEFFAINS B. (direction), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil – Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economique de l'Université de Nancy 2 les 28 & 29 juin 2000*, Paris, Editions Cujas, 2002.

- 22-DEFFAINS B. et LANGLAIS E. (direction), *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, Bruxelles, De Boeck, 2009.
- 23-DELVAUX A. et MOÏSES F., *Droit bancaire et financement privé des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- 24-DEVES Claude et BIZET Jean-François, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, Economica, 1991.
- 25-DUBOUIS Louis, PEISER Gustave, *Droit public*, 18^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2007.
- 26-ENGELS Xavier, HELY Matthieu, PEYRIN Aurélie et TROUVE Hélène (direction), *De l'intérêt général à l'utilité sociale. La reconfiguration de l'action publique entre Etat, associations et participation citoyenne*, Paris, Harmattan, 2006.
- 27-FLAMME P., FLAMME M.-A., DARDENNE C., *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commandes publique*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- 28-FONTAINE M. et VINEY G. (direction), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Etudes de droit comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2001.
- 29-FORTIN Y. (direction), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- 30-FOUCHARD P., KAHN Ph. et LYON-CAEN A. (éditeurs), *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987.
- 31-FRISON-ROCHE M.-A. (direction), *Les banques entre droit et économie*, Paris, LGDJ, 2006.
- 32-FRISON-ROCHE M.-A. (direction), *Les risques de régulation*, Volume 3, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005.
- 33-FRISON-ROCHE M.-A. et BONFILS Sébastien, *Les grandes questions du droit économique - Introduction et documents*, Paris, PUF, 2005.
- 34-GAVALDA Christian (direction), *La sous-traitance de marchés et travaux...*, Paris, Economica, 1978.
- 35-GOMEZ Pierre-Yves et KORINE Harry, *L'entreprise dans la démocratie – Une théorie politique du gouvernement des entreprises*, Bruxelles, De Boeck Université, 1^{ère} éd., 2009.
- 36-GRIMSEY Darrin and LEWIS Mervyn K. (editors), *The Economics of Public Private Partnerships*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, 2005.
- 37-GUGLIELMI Gilles J., KOUBI Geneviève, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, 2000.
- 38-HIRSHLEIFER Jack, GLAZER Amihai et HIRSHLEIFER David, *Microéconomie : théories et applications – Décisions, marchés, formation des prix et répartition des revenus* (Traduction de la 7^{ème} édition anglaise par Claire Borsenberger), Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2009.
- 39-JAMIN Christophe (direction), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008.
- 40-KOVAR R. et SIMON D. (direction), *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché – Tome II : approche transversale et conclusions*.

- Actes du colloque de Strasbourg 17-19 octobre 1996, Paris, La Documentation française, 1998.
- 41-KROSZNER Randall S. and PUTTERMAN Louis (editors), *The Economic nature of the firm*, New York, Cambridge University Press, 3rd edition, 2009.
 - 42-KRUGMAN Paul et WELLS Robin, *Microéconomie* (Traduction de la 2^{ème} édition américaine par Laurent Baechler), Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2009.
 - 43-LAFAY Jean-Dominique et LECAILLON Jacques, *L'économie mixte – Que sais-je ?*, Paris, PUF, 1992.
 - 44-*Liber Amicorum Lucien SIMONT*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
 - 45-*Liber Amicorum Yvon HANNEQUART et Roger RAZIR*, Bruxelles, Kluwer, 1997.
 - 46-LIVET Pierre et COMETTI Jean-Pierre (direction), *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Paris/Laval, L'Harmattan et les Presses universitaires de Laval, 2000.
 - 47-LOMBAERT Bruno (direction scientifique), *Les partenariats public-privé (P.P.P.) : un défi pour le droit des services publics*, Bruxelles, La Charte, 2005.
 - 48-MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Dalloz/Les éditions Thémis, 2^{ème} édition, 2008.
 - 49-MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (direction), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2007.
 - 50-MAZEAUD H., L., J. par CHABAS F. (éditeur), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, t. 1, 12^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2000.
 - 51-Mélanges en hommage à François Terré, *L'avenir du droit*, Paris, Dalloz/PUF/éd. du Jurisclasseur, 1999.
 - 52-Mélanges en hommage à Michel Walbroeck, Bruxelles, Bruylant, 1999, Vol.1.
 - 53-Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, *Philosophie du droit et droit économique – Quel dialogue ?*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999.
 - 54-Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, *Souveraineté Etatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000.
 - 55-MOÏSES François, JAMINET Jean-François, VANDENBURIE Aurélien, *Promotion immobilière publique*, Bruxelles, Larcier, 2009.
 - 56-MOULIN Richard et BRUNET Pierre, *Droit public des interventions économiques*, Paris, LGDJ, 2007.
 - 57-OST François et VAN de KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
 - 58-PÂQUES Michel, DEOM Diane, ERNIEUX Pierre-Yves, LAGASSE Dominique, *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2008.
 - 59-PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (éd.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.

- 60-PERROT J.-Y. et CHATELUS G. (Editors), *Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world)*, Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2000.
- 61-PETIT Jacques, EVEILLARD Gweltaz, *L'ouvrage public*, Paris, Litec, 2009.
- 62-POSNER Richard A. and PARISI F (edited by), *Economic foundations of private law*, Northampton/Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2003.
- 63-POSNER Richard A. and PARISI F., *Law and Economics*, Vol. 1, Theoretical and Methodological Foundations, Lyme/Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 1997.
- 64-REY J.J. et DUTRY J., *Institutions économiques internationales*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., 2001.
- 65-SCHLEMMER-SCHULTE S. & TUNG KO-YUNG (edited by), *International Finance and Development Law – Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata*, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- 66-SEERDEN René J.G.H. (editors), *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States – A comparative analysis*, Antwerpen/Oxford, Intersentia/Metro, 2007.
- 67-STIGLITZ Joseph E., WALSH Carl E. et LAFAY Jean-Dominique, *Principes d'économie moderne* (Traduction de la 4^{ème} édition américaine par Françoise Nouguès), Bruxelles, Editions De Boeck Université, 2007.
- 68-TALLON D. et HARRIS D. (direction), *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987.
- 69-TERNY G., PRUD'HOMME R. (direction), *Le financement des équipements publics de demain*, Paris, Economica, 1986.
- 70-THIRION Nicolas (direction), *Libéralisations, privatisations, régulations. Aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles. Marchés financiers – Télécoms – Médias – Santé*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- 71-THIRION Nicolas (Sous la coordination de), *Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation – Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- 72-TOLEDO A.-M. et LIGNIERES P., *Le financement de projet*, Paris, Editions Joly, 2002.
- 73-VANWICJK-ALEXANDRE M. (direction), *La sous-traitance internationale – Séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002 par la CDVA*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- 74-VOISIN C., PLUNKET A. et BELLON B., *La coopération industrielle*, Paris, Economica, 2000.
- 75-WALKER C. and SMITH A. J. (editors), *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, London, Thomas Telford Publications, 1995.

II- THESES ET MEMOIRES

- 1- BROS Sarah, *L'interdépendance contractuelle*, Thèse de doctorat en droit privé, Paris II, 2 tomes, Paris, 2001.

- 2- DALGAAR-KNUDSEN F., *Mineral Concessions and Law in Greenland*, PhD Thesis, European University Institute, Florence, 1994.
- 3- KHATER Chérif Y. Helmy, *Le contrat de concession de service public ou B.O.T. en droits français et égyptien – Etude comparée de l'évolution contemporaine*, Thèse de doctorat en droit public, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, 2004.
- 4- KLOEPPFER-PELESE Martine, *Contribution à l'étude des offres publiques d'acquisition en droit français et américain – De l'attribution du pouvoir de décision au regard de l'analyse économique du droit*, Thèse de doctorat en droit (2 volumes), Université Paris I-Panthéon Sorbonne, décembre 2007.
- 5- LEMAIRE Sophie, *Les contrats des personnes publiques internes en droit international privé*, Thèse de doctorat, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, mars 1999 (2 tomes).
- 6- LEPAGE Agathe, *Recherche sur la connaissance du fait en droit*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris XI, 1998.
- 7- MARTIN-SISTERON Hugues, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet – Perspectives pour le droit français*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris I-Panthéon Sorbonne, juin 2011.
- 8- MULLER Etienne, *Les instruments juridiques des partenariats public-privé*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Strasbourg, 2009.
- 9- NKOUNKOU Euloge Anicet, *Les projets Build, Operate and Transfer (BOT) : une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux*, Mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, novembre 2002.
- 10- RIASSETTO Isabelle, *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, Thèse de doctorat en droit (privé), Université de Strasbourg III, 1999.
- 11- TRESTOUR M., *Investissements publics et privés : la technique du project financing confrontée à l'expérience d'Eurotunnel, d'Eurodisney...*, Mémoire de licence en sciences économiques, ULB, 1998.
- 12- ZAGOH C., *La maîtrise des risques dans les financements de projets*, Thèse de doctorat en droit, Paris V, 2005, édition ANRT (Atelier national de reproduction des thèses), Lille 2009.

III-PRINCIPAUX TEXTES INTERNATIONAUX, EUROPEENS ET NATIONAUX CITES

A- TEXTES INTERNATIONAUX

- 1- Convention CIRDI du 18 mars 1965 entrée en vigueur le 14 octobre 1966.
- 2- Convention AMGI du 11 octobre 1985, telle que modifiée le 14 novembre 2010, entrée en vigueur le 12 avril 1988.

B- TEXTES EUROPEENS

- 1- Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence dans certaines entreprises ;

- 2- Directive n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOCE n° L 134 du 30 avril 2004, p. 1.
- 3- Directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et services, JO n° L 134 du 30 avril 2004, p. 114.
- 4- Directive n° 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux (modifiée par la Directive 2002/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 relative à la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté).
- 5- Directive n° 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JO n° L 111 du 30.04.1994, p. 115.

C- TEXTES NATIONAUX (A CARACTERE LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE)

- 1- Loi sénégalaise n° 2004-13 du 1^{er} mars 2004 relative aux contrats de construction – exploitation – transfert d'infrastructures (CET), Journal Officiel République du Sénégal du 03 avril 2004.
- 2- Ordonnance française n° 2004-559 relative aux « contrats de partenariat » du 17 juin 2004 adoptée en exécution d'une loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (Journal Officiel République Française du 19.06.2004).
- 3- Decree n° 62/1998/ND-CP on promulgating investment regulations under BOT, BTO, BT contracts applied for foreign investment in Vietnam, 15 August, 1998.
- 4- Loi belge du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services telle que modifiée notamment par les lois des 15 et 16 juin 2006 et du 23 décembre 2009.
- 5- Décret flamand du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé (Moniteur Belge, 19 août 2003, p. 46-497).
- 6- Loi camerounaise n° 2006/12 du 29 décembre 2006 fixant le régime général des contrats de partenariat (Journal Officiel République du Cameroun du 01.01.2007).
- 7- Loi du 29 mai 2009 introduisant en droit luxembourgeois le procédé de PPP (Loi du 29 mai 2009 relative à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé, Mémorial A, 2009, p. 1760)

III- AVIS, GUIDES LEGISLATIFS, PUBLICATIONS SPECIALES ET AUTRES DOCUMENTS COLLECTIFS

A- GUIDES LEGISLATIFS

- 1- CNUDCI/UNCITRAL (Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international) : « Guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé » publié en 2001 et réédité en 2003.

- 2- Livre vert de la Commission européenne sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions [COM (2004) 327 final].
- 3- OCDE/OECD (Organisation de coopération et de développement économiques), Les partenariats public-privé – Partager les risques et optimiser les ressources, Paris, OCDE, 2008.
- 4- OCDE/OECD, Dedicated PPP units: a survey of institutional governance and structures, Paris, OECD, 03 March 2010.
- 5- UNIDO/ONUDI (Organisation des Nations Unies pour le développement industriel): « The Guidelines for Infrastructure Development through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects » publié en 1996, (308 p.).

B- AVIS

- 1- Avis du Conseil d'Etat luxembourgeois du 5 mai 2009 sur le projet de loi relatif à la réalisation du Campus scolaire Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé (document n° 48.316) : <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/avis/2009/05/>
- 2- Rapport du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies sur les partenariats public-privé (Document HBP/WP.7/2005/8 du 6 juillet 2005).
- 3- Centre européen pour les entreprises publiques (CEEP), « Answer to the Green Paper on PPP and Community Law on Public Contracts and concessions », CEEP 04/avis.5, juillet 2004.
- 4- Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008 : C(2007)6661.
- 5- Communication n° 2000/C 121/02 de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire, JOCE n° 2000/C 121 du 29 avril 2000.
- 6- Résolution du Parlement européen du 26 octobre 2006 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, 2006/2043 (INI).

C- PUBLICATIONS SPECIALES

- 1- International Finance Corporation (IFC), *Project Finance in Developing Countries (Lessons of Experience)*, Washington D.C., 1999.
- 2- Conseil de l'Europe, *Aspects juridiques des privatisations* – Actes du 21^{ème} colloque de droit européen, Budapest, 15-17 octobre 1991, Les éditions du Conseil de l'Europe, 1993.
- 3- Fonds monétaire international (FMI), *Manuel de statistiques de finances publiques*, Washington DC, 2001.
- 4- Delft University of Technology, *Case studies on Build Operate Transfer* (Ed. Rick HUIJBREGTS), The Netherlands, 1996.
- 5- OND (Office national de ducroire), *L'assurance des contrats d'exportation et des investissements à l'étranger*, Bruxelles, 1981.

- 6- Centre interuniversitaire de droit public Asbl, *Les nouveaux modes d'intervention des pouvoirs publics dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1988.
- 7- Documents d'études – *Droit administratif, Le domaine public*, n° 2.12, édition 2004, Paris, La documentation française, 2004.
- 8- The World Bank, Policy Research Working Paper n° 5173 (Jeffrey DELMON), *Understanding options for Public-Private Partnerships in infrastructure - Sorting out the forest from the trees: BOT, DBFO, DCMF, concession, lease...*, Washington DC, January 2010.
- 9- The World Bank, World Bank Technical Paper n° 312 (Philippe BENOÎT), *Project Finance at the World Bank – An Overview of Policies and Instruments*, Washington D.C., 1996.
- 10- The World Bank Working Papers, Infrastructure: *The Build, Operate and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries* (Mark Augenblick and B. Scott Custer, Jr.), Washington D.C., 1990.
- 11- La Documentation française, *La crise des Subprimes (Rapport, commentaires et compléments)*, Paris, La Documentation française, 2008.
- 12- The World Bank Group's Financial Instruments for Infrastructure, Note n°101 (Philippe Benoit), The World Bank Group, Private Sector Development Department, January 1997.
- 13- Project Finance and Guarantees, The World Bank, Project Finance & guarantees Department, June 1999.
- 14- Philippine Institute for Development Studies, *Build-Operate-Transfer (BOT) Arrangements: The experience and policy challenges* (Ed. Adora Navarro), Discussion paper series n° 2005-01, January 2005.
- 15- Problèmes politiques et sociaux, n° 946, mars 2008, *L'intérêt général à l'épreuve du pluralisme* (Dossier réalisé par Bruno Denis), La documentation française, 2008.
- 16- AJDA numéro spécial du 20 juin 1997, *Le service public : unité et diversité*.
- 17- EIB Papers, Vol. 15, n° 1, 2010.

D- AUTRES DOCUMENTS COLLECTIFS

- 1- Africa Syndicated Loans – news in brief, Euroweek, Issue 1029, 11/9/2007.
- 2- Africa's own eye in the sky, African Business, Issue 353, May 2009.
- 3- Argentina: Financing risks, Country Monitor, September 1st 2008, p. 2.
- 4- BOT future? International Construction, April 2003, p. 8.
- 5- Cordiant Technologies, Cordiant BOT- Indian offshore model for businesses worldwide, March 2010 (www.cordiant.com)
- 6- Development banks line up for Kenyan power, Trade Finance, Vol. 11, Issue 9, Nov.2008.
- 7- EPM – ECA-backed project financing, Trade Finance, Vol. 12, Issue 2, march 2009.
- 8- International Contractors (IC) associations, « PPP/BOT Tendering », in International construction, sept. 2003, p. 44.

- 9- Investors line up for *Najaf airport* BOT, Middle East Economic Digest, Vol. 49, Issue 49, 12/9/2005.
- 10-Middle East and Africa, Euroweek, Issue 1112, 7/10/2009.
- 11-New deals set to test pricing and structures in PF market, Euroweek, Issue 1046, 3/20/2008.
- 12-Nord Stream Confident of € 3.9bn PF success, Euroweek, Issue 1119, 8/28/2009.
- 13-Operators eye *Tartous* port BOT, Middle East Economic Digest, Vol. 50, Issue 13, 3/31/2006.
- 14-Project finance, Investment funds are hot topics, Private Placement Reporter, Vol. 7, Issue 41, 10/27/1997.
- 15-Tunisia: Project financing, International Financial Law Review, Vol. 27, Issue 1, January 2008.
- 16-Two in for *Disi* BOT contract, Middle East Economic Digest, Vol. 47, Issue 36, 9/5/2003.

V- ARTICLES ET CHRONIQUES (EN FRANÇAIS ET EN ANGLAIS)

- 1- AKBIYIKLI R., EATON D. and TURNER A., "Project Finance and the Private Finance Initiative (PFI)", in the Journal of Structured Finance, summer 2006, p. 67-75.
- 2- AKERLOF George A., "The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism" in The Quarterly Journal of Economics, Vol. 84, n° 3, 1970, p. 488-500.
- 3- ALGARNI M. Ayed, ARDITI D. and POLAT Gul, "Build-Operate-Transfer in infrastructure projects in the United States", in Journal of Construction Engineering and Management, Vol. 133, n° 10, 2007, 728-735.
- 4- ALONSO-CONDE A. B., BROWN C. and ROJO-SUAREZ J., "Public private partnerships: Incentives, risk transfer and real options", in Review of Financial Economics, Vol. 16, Issue 4, Dec. 2007, p. 335-349.
- 5- ANGOUA P., LAI Van Son and SOUMARE I., "Project risk choices under privately guaranteed debt financing", in Quarterly Review of Economics & Finance, Vol. 48, Issue 1, February 2008, p. 123-152.
- 6- AOUST J.-M., BENNETT T. Craig, FISZELSON R., "Risk analysis and sharing: the key to a successful public-private partnership" in Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world), Presses de l'Ecole nationale des ponts et chaussées, 2000 p. 57 et s.
- 7- APPIAH J.D., "Infrastructure Projects: BOT Developed Country Structuring", in IBL, April 1991, p.206.
- 8- ARNAUD P., « Juste et utile: deux attributs de l'« ordre réel » qui n'en font qu'un », in L'utile et le juste, APD, tome 26, Paris, Sirey, 1981, p. 167 et s.
- 9- AUDIT Bernard, « L'américanisation du droit – Introduction » in L'américanisation du droit, APD, tome 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 7-11.

- 10-BACKHAUS K. and WERTHSCHULTE H., "Identification of Key Risk factors in Project Finance – A "Project Type"-Based Simulation Approach", in *The Journal of Structure Finance*, Winter 2006, p. 71-83.
- 11-BADOT O. et PAQUET G., « Le franchisage du service public – un exemple de quasi-firme », in *Gaz. Pal.*, 1990, p. 54 et s.
- 12-BAIN F., "Project finance risks-getting it right first time", in *Modern Power Systems*, Vol. 16, Issue 4, April 1996.
- 13-BAKATJAN S., ARIKAN M. and TIONG R. L. K., "Optimal capital structure model for BOT power projects in Turkey", in *Journal of Construction Engineering and Management*, Jan-Feb. 2003, p. 89 et s.
- 14-BALKISU S., "Oil Project Financing: How can the Sponsor Mitigate Completion Risk?" in *The Journal of Structured Finance*, summer 2006, p. 61-66.
- 15-BARBIERI J.-J., « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », in *Revue des contrats*, n° 2, avril 2006, p. 621 et s.
- 16-BARRETT Mathew, "Putting your equity on the line", in *Euro money*, Oct. 1987, p. 119-128.
- 17-BARRETTA A., BUSCO C. and RUGIERO P., "Trust in Project Financing: an Italian health care example", in *Public Money & Management*, June 2008, p. 179-184.
- 18-BATIFFOL Henri, « Problèmes de frontières: droit et politique », in *APD*, n° 16, Le droit investi par la politique, Paris, Sirey, 1971, p. 1-15.
- 19-BEMIS James R., "Access to and availability of Project Financing", in *Economic Development Review*, spring 1992, p. 17-19.
- 20-BENABENT Alain, « Sous-traitance des marchés des personnes privées », in *Jurisl. dr. com. – Contrats de distribution*, Fasc. 1450, mis à jour au 11/2001.
- 21-BERTEL J.-L. et CHEROT J.-Y., « Avant-propos - L'analyse économique du droit. Autour d'Ejan Mackaay », in *RRJ*, 2008-5, n° spécial, p. 2455-2457
- 22-BERNARD Alain, « Law and Economics, une science idiote? », in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2806 et s.
- 23-BIED-CHARRETON A., et MUSSON D., « La dissociation juridique du propriétaire et de l'exploitant dans la conduite de grands projets industriels : nouvelles approches », in *RDAI*, 1992, n° 1, p. 3 et s.
- 24-BIRKINSHAW P. et BREEN E., « Contrats publics et contractualisation de l'action publique: un point de vue anglais », in *RFDA*, 2006, p. 1015 et s.
- 25-BISMUTH J.-L., « Le contrat international de sous-traitance (Etude de quelques règles juridiques applicables) », in *RDAI*, 1986, n° 6.
- 26-BLAIR M.M., WILLIAMS C.A. and Li-Wen LIN, "The new role for assurance services in global commerce", in *The Jl. of Corporation law*, Vol. 33, n° 2, 2008, p. 325-360.
- 27-BLANCHARD P., « Concessions et BOT électriques et gaziers en Côte d'Ivoire : tentatives innovantes des années 90 (III) », in *RDAI*, n° 7, 2000, p. 829-856.
- 28-BLANCHARD P., « Montages contractuels de projet de production indépendante d'électricité dans les Etats en développement », in *RDAI* n° 4/5, 1998, p. 417 et s.

- 29-BOISSON DE CHAZOURNES L., « Le financement dans le cadre du groupe de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement », in *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p. 235-241.
- 30-BOLMIN P., « Pour un nouveau Partenariat Public/privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure : la notion de Co-développement », in *RDAI*, n° 2, 1999.
- 31-BOUTHINON-DUMAS H., « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », in *RIDE*, 2001/3, p. 339-373.
- 32-BOY L., « Les « utilités » du contrat », in *Les Petites Affiches*, n° 109, 1997, p. 3-11.
- 33-BREALEY Richard A., COOPER Ian A. and HABIB Michel A., "Using project finance to fund infrastructure investments", in *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 9, number 3, Fall 1996, p. 25-38.
- 34-BROUSSEAU E., « L'économiste, le juriste et le contrat », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 153-176.
- 35-BROWN D., "Top ten ways to increase cash flow", in *Electrical Construction & Maintenance (EC&M)*, September 2006.
- 36-BÜHLER M., "Technical expertise: an additional means for preventing or settling commercial disputes", in *Journal of International Arbitration*, Vol. 6, n° 1, 1989.
- 37-BURNS M., "The Perils of Project Financing – London tourist hamstrung by additional debt costs", in *Investment Dealers' Digest*, November 17, 2003.
- 38-BYRNE M., SIPSAS H. and THOMPSON T., "Financing Port Infrastructure", in *International Advances in Economic Research*, Vol. 2, n° 4, Nov. 1996, p.471-476.
- 39-CAMPBELL David and HARRIS Donald, "Flexibility in long-term contractual relationships: the role of co-operation", in *Journal of Law and Society*, Vol. 20, n° 2, summer 1993, 166-191.
- 40-CAMPBELL David, "The relational constitution of remedy: co-operation as the implicit second principle of remedies for breach of contract", in *Texas Wesleyan Law Review*, Vol. 11, 2005, 455-480.
- 41-CAPPON N., "Equator Principles – Promoting Greater Responsibility in Project Financing", in *Exportwise*, Spring 2008, p. 24-25.
- 42-CASELLI S., GATTI S. and MARCIANTE A., "Pricing Final Indemnification Payments to Private Sponsors in Project-Financed Public-private Partnerships: an application of real options", in *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 21, Issue 3, Summer 2009, p. 95-106.
- 43-CHAN Weng Tat, CHEN Chuan, MESSNER John I. and CHUA HUAT David K., "Interface management for China's Build-Operate-Transfer projects", in *Journal of Construction engineering and Management*, Vol. 131, n° 6, June 2005, 645-655.
- 44-CHARNY D., "Nonlegal sanctions in commercial relationships", in *Harvard Law Review*, vol. 104, n° 2, Dec. 1990, p. 373-467.
- 45-CHEN Chuan and DOLOI Hemanta, "BOT application in China: driving and impeding factors", in *International Journal of Project Management*, 26, 2008, 388-398.

- 46- CHEN Chuan and MESSNER John I., "An investigation of Chinese BOT projects in water supply: a comparative perspective", in *Construction Management and Economics*, 23, Nov. 2005, 913-925.
- 47- CHEW A., "Long term equipment and material procurement and supply contracts for mining and infrastructure projects in Australia – An overview of commercial and legal issues", *The International Construction Law Review*, 2009, p. 307-333.
- 48- CHIARA N. and GARVIN M. J., "Variance models for project financial risk analysis with applications to Greenfield BOT highway projects", in *Construction Management and Economics*, Sept. 2008, p. 925 et s.
- 49- COHEN N., "Project financing without the taxpayer burden – A little imagination can help local officials find money outside general obligation bonds and other traditional sources", in *American City & County*, June 2000, p. 20-28.
- 50- COOK J., "Infrastructure project finance in Latin America", in *International Business Lawyer*, January 1996, 260-266.
- 51- COPPENS Philippe, « Etat, marché et institutions », in *RIDE*, 2007/3, p. 293-317.
- 52- COURET Alain, « Les financements 'mezzanine' », in *JCP éd. Entreprise*, Vol. 1, 1990, p. 143 et s.
- 53- CRASWELL R., "The "incomplete contracts" literature and efficient precautions", in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, 2005, p. 151-168.
- 54- CRAWFORD P. J. and FREDERICKS E. H., "Special purpose entities. Throwing the baby out with the bathwater?" in *Graziadio Business Report*, Vol. 6, Issue 2, 2003.
- 55- CROSON D. and RICHTER A., "Sovereign Cat Bonds and Infrastructure Project Financing", in *Risk Analysis*, Vol.23, n° 3, 2003, p. 611-626.
- 56- CULLEN James P. and BARTELEMUCCI LAWRENCE J., « Leveraging Air Rights to Finance Construction », in *Real Estate Finance*, February 2005, p. 27-28.
- 57- DAILAMI M and KLEIN Michael U., "Government support to private infrastructure projects in emerging markets", *World Bank Policy Research Working Paper* n° 1868, available at SSRN: <http://www.ssrn.com/abstract=614977>
- 58- DAINTITH T.C., « L'analyse économique du droit dans des revues britanniques et américaines de 1986 », in *R.I.D.E.*, n° 2, 1987.
- 59- De CAZALET B. and REECE R., "Conditions applicables aux contrats de conception-construction et clés en main", in *RDAI*, 1996, n° 3, p. 279-300.
- 60- De CAZALET B., « Le contrat de construction dans le cadre de projets en BOT (Build, Operate, Transfer) », in *RDAI* n° 4/5, 1998, p. 405 et s.
- 61- De ROY David et QUECK Robert, « De la téléphonie vocale aux offres publiques d'acquisition- vers un « droit de la régulation » ?, in *JTbe*, n° 6104-26/2003, p. 553 et s.
- 62- De TERAN N., "Plenty of room for derivatives in project finance space", in *Banker*, Vol. 157, Issue 979, p. 92-96.
- 63- DEKEUWER-DEFOSSEZ F. (direction), « Droit et risque » in *Petites Affiches*, sept. 2009, n° 178, p. 7 et s.

- 64- DELAUME Georges R., "Contractual Waivers of Sovereign Immunity: Some Practical Considerations", in ICSID Rev., 1990, spéc. p. 232 et s.
- 65- DEMARET P., « Quel rôle pour l'anthropologue dans la coopération au développement ? », in Cahiers Nord-Sud, ULB, vol. 2, n° 7, avril 1985.
- 66- DEPAMBOUR-TARRIDE L., « Quelques remarques sur les juristes français et l'idée de marché dans l'histoire », in Droit et esthétique, APD, tome 40, Paris Sirey, 1996, p. 264 et s.
- 67- DESRIEUX C., « La gestion contractuelle des services publics. Une critique de l'approche par les droits de propriété », in Revue économique, 2008/3, vol. 59, p.451-461.
- 68- DESRIEUX C., « Le rôle de l'autorité publique dans la gestion des services publics locaux. Une approche par la théorie des contrats incomplets », in Revue économique, vol. 57, n° 3, p. 529-549.
- 69- DESSAULT F., « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », in RDAI, n° 1, 1998, p. 3-15.
- 70- DEY P.K., OGUNLANA S.O. and TAKEHIKO N., "Risk management in build-operate-transfer projects", in International Journal of Risk Assessment and Management, Vol. 3, n° 2/3/4, 2002, p. 269-291.
- 71- DIESSE F., « L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international », in RDAI, n° 7, 1999, p.737-782.
- 72- DIEUX X., « L'application de la loi par référence à ses objectifs. Esquisses de la raison finaliste en droit privé », in JTbe, n° 5583, 1991, p. 201-207.
- 73- DJOUDI J., « La sous-traitance dans le contexte européen », in Dalloz, 1992, chron., p. 215 et s.
- 74- DRAETTA U., « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », in RDAI, n° 3 / 4, 2002, p. 347 et s.
- 75- DRAGO R., « La notion d'obligation : droit public et droit privé », in L'obligation, APD, tome 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 43-49.
- 76- Du MARAIS B., CONAC P.-H., PIQUEMAL A., and FROUTE Ph., "Rating the law : How financial rating agencies are assessing the legal risks of financial transactions" available at: <http://www.ssrn.com/abstract=1137896>
- 77- DUBISSON M., « Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale », in D.P.C.I., 1984, n° 3, p. 297 et s.
- 78- DUBISSON M., « Quelques aspects juridiques particuliers de la sous-traitance de marchés dans la pratique du commerce international », in DPCI, 1983.
- 79- ENGEL E., FISCHER R. and GALETOVIC A. "Renegotiation without holdup: Anticipating spending and infrastructure concessions", Yale Cowles Foundation Discussion Paper n° 1567 available at <http://papers.ssrn.com/abstract=912303>.
- 80- ERGEC R., « De quelques aspects du 'Built Operate and Transfer' », in Mélanges en hommage à Michel Walbroeck, Bruxelles, Bruylant, 1999, Vol.1.
- 81- ERGEC R., « Une technique contestée de la présence des pouvoirs publics dans les entreprises : la *golden share* ou l'« action spécifique » », in JTlux, n° 3, 03/2009, p. 82 et s.

- 82- ESTY Benjamin C. "Petrozuata: A case study of the effective use of project finance", in *Journal of Applied Corporate Finance*, Vol. 12, n° 3, Fall 1999, p. 26 et s.
- 83- ESTY Benjamin C., "Improved Techniques for Valuing Large-Scale Projects", in *Journal of Project Finance*, Vol. 5, Issue 1, spring 1999.
- 84- FAISANDIER P., « Concession et notion de risque », in *Editions Techniques Droit administratif*, 1992, (Fasc. 530).
- 85- FANG D., FONG P. S.-W. and LI M., "Risk assessment of tendering for Chinese building projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, Nov/Dec 2004, p. 862-868.
- 86- FARJAT G., « La notion de droit économique », in *Archives de Philosophie du droit*, Tome 37, 1992, p. 27-62.
- 87- FARNSWORTH Allan E., « L'américanisation du droit – Mythes ou réalités » in *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 21-28.
- 88- FAUGEROLAS Laurent, « La subordination des créances », in *JCP éd. Entreprise*, 1991, n° 42, p. 427 et s.
- 89- FILLE-LAMBIE O., « Aspects juridiques des financements de projets appliqués aux grands services publics dans la zone OHADA », in *RDAI*, n° 8, 2001, p. 925-968.
- 90- FLAMME Ph. et FLAMME M.-A., « Partenariat et financement privé face aux directives européennes sur les marchés publics », in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Razir*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 115 et s.
- 91- FOSTER T. and KNIGHT A., "Legal Issues in BOT projects in Vietnam" in *Journal of Project Finance*, Vol. 3, Issue 2, summer 1997.
- 92- FOUCHARD Ph., « Le contrat clé-en-main », in n° spécial de la *Revue Tunisienne de droit*, 1983.
- 93- FRESHWATER T. and DUHOT F., "Equity funding", in *International Business Lawyer*, January 1996, 18-21.
- 94- FRIMPONG Y. and OLOWUDE J., "Significant Factors causing delay and cost overruns in construction of groundwater projects in Ghana", in *Journal of Construction Research*, Vol. 4, n° 2, 2003, p. 175-187.
- 95- FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », in *Droit et esthétique*, APD, tome 40, Paris Sirey, 1996, p. 286 et s.
- 96- FRYDMAN Benoît, « Le droit des contrats à la lumière de la philosophie de l'action: indécidabilité, coopération et révision », in *LIVET Pierre et COMETTI Jean-Pierre (direction), L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Paris/Laval, L'Harmattan et les Presses universitaires de Laval, 2000, p. 145-178.
- 97- GANEM P.-H., « Financement de grands projets internationaux », in *RDAI*, 1997, n° 3, p.413 et s.
- 98- GANEM P.-H., « Financement de grands projets internationaux », in *RDAI*, 1997, n° 4, p.535 et s.
- 99- GAVIETA Rommel C., "How contract rights and public sector governance affect infrastructure investment: the Philippine experience", in *The Journal of Structured Finance*, spring 2006, 90-94.

- 100- GENTON Pierre M. et VERMEILLE F. « « Soft and hard dispute resolution » Quelques réflexions et expériences pratiques dans le cadre de grands projets », in RDAI, n° 2, 1998, p. 131-171.
- 101- GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », in Dalloz chr., 1982, p. 1-10.
- 102- GOMEZ F., "Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks", in Fabrizio Cafaggi (ed.), *Contractual networks, Inter-firm cooperation and Economic growth*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 21-38.
- 103- GOURNAY B., « Les commandes publiques » in AJDA, n° 33, janvier-mars 1985 (avant-propos).
- 104- GRENON A. « 'Project Financing' : Concepts fondamentaux et aspects juridiques », in D.P.C.I., 1980, n° 2, p. 189 et s.
- 105- GRUNDMANN S. and MÖSLEIN F., "Golden shares-state control in privatized companies: comparative law, European law and policy aspects", in *Euredia* 2001-2002/4 p.623 et s.
- 106- GRYNBAUM Luc, « Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale », in *Revue des contrats*, octobre 2008, n° 4, p. 1383 et s.
- 107- GUASCH J. L., LAFFONT J.-J. and STRAUB S., "Renegotiation of concession contracts in Latin America", USC Center for Law, Economics & Organization Research Paper n° C02-22 available at http://www.papers.ssrn.com/abstract_id=340580
- 108- GUGLIELMI Gilles J., « Le modèle français de la concession: conquête ou concurrence? », Colloque *Le droit administratif est-il encore exportable ?*, 6 octobre, 2006.
- 109- GUILLEMIN J.-F., « Le tunnel sous la Manche : confrontation et fusion permanentes de deux cultures juridiques réputées antagonistes », in R.I.D.C., 1995, n° 2, p. 403 et s.
- 110- HAN Seung H., PARK Sang H., KIM Du Y., KIM H. and KANG Yun W., "Causes of bad profit in overseas construction projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, December 2007, p. 932-943.
- 111- HART O. and MOORE J., "Incomplete contracts and renegotiation", in *Econometrica*, vol. 56, n° 4, July 1988, 755-785.
- 112- HART Oliver, "Incomplete contracts and public ownership: remarks and an application to public-private partnerships", in *The Economic Journal*, 113, 2003, 69-76.
- 113- HENDERSON Wallace C., « Case Studies of Project Finance in Latin America », in *Journal of Project Finance*, Vol. 4, Issue 4, Winter 1999.
- 114- HENNING M., "Shareholder agreements help protect owners", in *H&MM*, November 2007, p. 14.
- 115- HOVASSE H., « Promesse de trésorerie – Obligation de moyen ou de résultat? », in *Droit des sociétés*, n° 4, avril 2007, comm. 74.

- 116- HUME L., "Focus on Project Financing – NFMA Paper Outlines Risks, Disclosure Needs", in *The Bond Buyer*, Vol. 352, June 2005, p. 39-40.
- 117- HUME L., "NFMA Issues Its Final White Paper on Project Financing and Its Risks", in *The Bond Buyer*, August 21, 2006, p. 4.
- 118- HUYGHE DE MAHENGHE Y., « Le financement privé des services publics – Aspects juridiques », in *Banque et Droit*, 1990, p. 62 et s.
- 119- HYMAN Michael A. and SHAH Rajiv S. "The new future state outsourcing model: Build/Operate/Transfer - Preparing for this future model" in *Housing Finance International*, Dec. 2003, 11-14.
- 120- ING Nita, "The implementation of the Taiwan High-speed Rail Project as A Private- Sector Venture: Opportunity and Challenges" in *Leadership and Management in Engineering*, July 2001.
- 121- JACKSON Howell E. and ROE Mark. J., "Public and private enforcement of securities laws: resource-based evidence", Public law and legal theory research paper series, Paper n° 638 available at <http://ssrn.com/abstract=1000086>
- 122- JACQUES Ph., « Départ de M. Canivet et installation de M. Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans peur (Cour de cassation, aud. Sol., 30 mai 2007 », in *RTDciv.*, 2007, p. 514 et s.
- 123- JAIDANE R., « La gestion des contrats internationaux de concession », in *RDAI*, n° 3, 2005, pp. 289 et s.
- 124- JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Droit et Patrimoine*, n° 58, 1998, p. 46-57.
- 125- JANDA R., « Etat des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents », in *APD*, tome 37, 1992, pp.173-178.
- 126- KADDOUCH R., « LBO : actions de préférence ou pacte d'actionnaires ? », in *La Semaine Juridique EA* n° 24, 2006, 1953.
- 127- KATZ Avery W., "Contractual incompleteness: A transactional perspective", in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, 2005, p. 169-186.
- 128- KENNETH SPAIN T., « Basic Economic Analysis for Energy Project Financing – Understanding the balance sheet makes smoother project planning and execution », in *Energy User News*, July 2000, p. 32-33.
- 129- KERRIGAN E., "Bringing a BOT Project to Closure in Vietnam: Problems and Prospects", in *Journal of Project Finance*, Vol. 6, Issue 1, spring 2000.
- 130- KESSEDJIAN C., « La pratique américaine en matière d'exécution de l'Etat étranger » in *L'exécution de l'Etat étranger*, Paris, Cahiers du CEDIN, 1988, spéc. p. 136 et s.
- 131- KIRAT T. « L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs », in *RIDE*, 2003, n° 1, p. 11-46.
- 132- KIRAT T. et MARTY F., « Règles de comptabilité publique, droit des marchés publics et management public : réflexions sur les dimensions économiques et juridiques du contrôle de la dépense publique », Texte présenté à la 17^{ème} conférence

annuelle de la Society for Advancement of Socio-Economics (Budapest, 30 juin-2 juillet), 19 p.

- 133- KIRAT T., MARTY F. et VIDAL L. « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat » in RIDE, 2005 p. 291-318.
- 134- KOHL B., SALZBURGER R. et VANWICJK-ALEXANDRE M., « Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues », in JTbe n° 6354, mai 2009, p. 349-358.
- 135- KOPPENJAN Joop F. M. and ENSERINK B., “Public-Private Partnerships in urban infrastructures: Reconciling private sector participation and sustainability”, in Public Administration Review, March-April 2009, p. 284-296.
- 136- KOSTRITSKY Juliet P., “Introduction – Symposium Incomplete contracts: Judicial responses, transactional planning, and litigation strategies”, in Case Western Reserve Law Review, vol. 56, 2005, p.135-149.
- 137- KULKARNI N. and PRUSTY A., “Bidding strategy for BOT port terminal projects in India”, in The Journal of Structured Finance, winter 2001 p. 90-106.
- 138- KUMARASWAMY M. and MORRIS David A., “Build-Operate-Transfer-Type Procurement in Asian Megaprojects”, in Journal of Construction and Management, March/April 2002, p. 93-102.
- 139- KUMARASWAMY M. and XHANG X.Q., “Governmental role in BOT-led infrastructure development”, in International Journal of Project Management, 19, 2001, 195-205.
- 140- LABETOULLE D., « La qualification et le juge administratif : quelques remarques », in Revue française de théorie juridique, n° 18, 1993, p. 31 et s.
- 141- LAITHIER Y.-M., « L’incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », in Revue des contrats, 2010, p. 407 et s.
- 142- LAM Ka Chi and CHOW Wing Sing, “The significance of financial risks in BOT procurement”, in Building Research & Information, 27(2), 1999, p. 84-95.
- 143- LAMETHE D., « Le financement de projets et leur organisation industrielle – L’exemple de la construction et de l’exploitation de centrales électriques », in *Souveraineté Etatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle, Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Dijon, Litec-CREDIMI, 2000.
- 144- LAMETHE D., « Les relations entre les gouvernements et les entreprises en matières de grands projets d’investissement », in JDI, 1998.
- 145- Le GOFF P. “A new standard for international turnkey contracts: The FIDIC Silver book”, in RDAI, 2000, n° 2, p. 151-158.
- 146- Le TOURNEAU Ph., «Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle – Réalisation », in Juriscl. Contrats de distribution, Fasc. 1830, mai 2000.
- 147- LEBEN Ch., « Les fondements de la conception restrictive de l’immunité des Etats », in *L’immunité d’exécution de l’Etat étranger*, Paris, Cahiers du CEDIN, 1988, spéc. p. 23 et s.

- 148- LEBEN Ch., « Les modes de coopération entre pays en développement et entreprises multinationales dans le secteur de la production des matières premières minérales », in JDI, 1980, II, p. 539-604.
- 149- LECRIVAIN A., “The Financial approach” in Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world), Presses de l’Ecole nationale des ponts et chaussées, 2000 pp. 103 et s.
- 150- LEGRAND P. « L’hypothèse de la conquête des continents par le droit américain (ou comment la contingence arrache à la disponibilité) » in L’américanisation du droit, APD, tome 45, Paris, Dalloz, 2001, pp.37- 41.
- 151- LEQUIEN M. et CUCHE P., « La notion de ‘bancabilité’ dans les opérations de financement privé d’équipements publics » in Droit administratif – Revue mensuelle du Jurisclasseur, déc.2004, pp.14 et s.
- 152- LESGUILLONS H., « Les contrats industriels », in Lamy contrats internationaux, Juin 2005.
- 153- LESGUILLONS H., « Groupements et sous-traitance », in Juriscl. Contrats internationaux Lamy, 1988, Vol. 8.
- 154- LESGUILLONS H., « Procédures de sélection d’une « société de projet » », in RDAI, n° 6, 1998, p. 603-622.
- 155- LIGNIERES P., BEN SLAMA M., « Octroi des concessions : Risques juridiques du montage financier » in Droit administratif – Editions du Juris-classeur, août-sept. 2002, p. 35.
- 156- LIOU Fen-May and HUANG Chih-Pin, “Automated Approach to Negotiations of BOT Contracts with the Consideration of Project Risk”, in Journal of Construction Engineering and Management, January 2008, p. 18-24.
- 157- LIST P., « Up for Financing: Sub-Saharan Projects », in Global Finance, Vol. 15, Issue 3, March 2001.
- 158- LISTEN H., “Building Value Into Infrastructure Project Financing”, in American Gas, June 2008, p. 24-29.
- 159- LIVET P., « Obligation et théorie des jeux », in *L’obligation*, APD, tome 44, Paris, Dalloz, 2000, p. 163-178.
- 160- LONCLE J.-M. « Le transfert des risques des projets PFI » in RDAI, n° 2, 2000, p. 143-150.
- 161- LONCLE J.-M., « Grands projets d’infrastructures: le montage Build, Operate, Transfer (BOT) », in RDAI, n° 8, 1997.
- 162- LORRAIN D., « Ten years of public utility reforms : 7 lessons (From privatization to public-private partnership) » in Financing of major infrastructure and public service projects – Public-Private Partnership (Lessons from French experience throughout the world), Presses de l’Ecole nationale des Ponts et Chaussées, 2000 pp. 31 et s.
- 163- MACAULAY S., “An empirical view of contract”, in Wisconsin Law Review, 1985, 465-482.

- 164- MACAULAY S., "Elegant models, empirical pictures, and the complexities of contract" in *Law & Society Review*, Vol. 11, n° 3, winter 1977, 507-528.
- 165- MACAULAY S., "Non-contractual relations in business: A preliminary study", in *American Sociological Review*, vol. 28, n° 1, 1963, p. 55-67.
- 166- MACAULAY S., "The real and the paper deal: Empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules", in *The Modern Law Review*, vol. 66, n° 1, 2003, p. 44-79.
- 167- MACKAAY Ejan, « L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes », in B. DEFFAINS (direction) *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil – Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l'Université de Nancy 2 les 28 & 29 juin 2000*, Paris, Editions Cujas, 2002 pp.11 et s.
- 168- MACNEIL Ian R., "Exchange revisited: individual utility and social solidarity", in *Ethics*, Vol. 96, n° 3, Apr. 1986, 567-593.
- 169- MACNEIL Ian R., "Values in contract: internal and external", in *Northwestern University Law Review*, Vol. 78, n° 2, 1983, 340-418.
- 170- MACOMBER John D., "You Can Manage Construction Risks" in *Harvard Business review*, March-April 1989, p. 155-165.
- 171- MAGENDIE J.-C., « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe » in *L'américanisation du droit*, Archives de philosophie du droit, Tome 45, Paris, Dalloz, 2001, pp.13-19.
- 172- MARK J., "Mending Project Finance", in *Global Finance*, May 2003, p. 20-24.
- 173- MARTENS P. « La sous-traitance: freins et stimulants juridiques », in *DPCI*, juin 1979.
- 174- MARTIN Gilles J. « Le risque, concept méconnu du droit économique » in *RIDE*, 1990, p. 173-203.
- 175- MARTIN M., "Project financing begins to pick up", in *Middle East Economic Digest*, Vol. 53, Issue 27, 7/3/2009.
- 176- MARTIN M., "Projects face crisis of confidence", in *Middle East Economic Digest*, Vol. 53, Issue 1, 1/2/2009.
- 177- MARTOR B. et THOUVENOT S., « Le contrat de partenariat ou la renaissance du partenariat public privé à la française », in *RDAI*, n° 2, 2004, pp. 111 et s.
- 178- MARX S., « Marchés publics et concessions de service public », in *Annales du droit luxembourgeois*, Volume 15, 2005, p. 147 et s.
- 179- MATRAY D. et VIDTS F., « Les clauses d'adaptation de contrats », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, FEDUCI, 55^{ème} séminaire de la CVDA, Bruxelles 11 et 12 mars 2005, Bruylant, 2005.
- 180- MAURIN P., « Risques, responsabilités et assurances dans la vente des biens d'équipements », in *DPCI*, 1980, tome 6, n° 3, p. 315-349.
- 181- MAZEAUD D., « Indivisibilité contractuelle », in *Revue des contrats*, n° 2, avril 2008, p. 276 et s.

- 182- MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », in *Revue des contrats*, 2003, p. 295-322.
- 183- MEGENS Peter, “Construction risk and project finance – Risk allocation as viewed by contractors and financiers”, in *The International Construction Law Review (ICLR)*, 1997, p. 5-32.
- 184- MEI Han and SHI Zhiyong J., “ How to assess the profitability of a project finance deal from the lenders’ perspective”, in *Journal of Project Finance*, Vol. 3, Issue 4, Winter 1997, p. 21-32.
- 185- MEKKI M., « Les doctrines sur l’efficacité du contrat en période de crise », in *Revue des contrats*, n° 1, 2010, p. 383 et s.
- 186- MENARD C., « Imprévision et contrats de longue durée: un économiste à l’écoute du juriste », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 661-671.
- 187- MERCADAL B., « Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle », in *D.P.C.I.*, 1984, n° 3, p. 319 et s.
- 188- MESTRE J., « D’une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », in *RTDciv.*, 1986, p. 100 et s.
- 189- MEZGHANI A., « La signification du prix dans les contrats clé-en-main », in *JDI*, 1990.
- 190- MIDLER Christophe, « Evolution des modèles d’organisation et régulations économiques de la conception », in *Problèmes économiques*, n° 2.558, mars 1998, p. 25-29.
- 191- MONERA F., « Les financements innovants de services et de projets publics », in *R.R.J. (Revue de la recherche juridique)*, 2005/1, p.337 et s.
- 192- MONTAGUE Adrian, “Project loan facilities”, in *International Business Lawyer*, January 1996, 14-16.
- 193- MORAND-DEVILLER J., « Eurotunnel : contrat de construction », in *Les Petites Affiches*, 20 sept. 1995, n° 113, p. 4 et s.
- 194- MORTIER R., « Le pacte d’actionnaires source de responsabilité délictuelle », in *La semaine juridique EA*, n° 16, avril 2008, 1516.
- 195- MORTON Alastair (Sir), “The greatest tollgate in the world”, in *International Business Lawyer*, January 1996, 6-7.
- 196- MOUSSERON J.-M., « La gestion des risques par le contrat », in *RTDciv.*, 1988, p. 481 et s.
- 197- MOUTIER A., « La garantie des investissements français à l’étranger », in *Droit de l’économie internationale*, Paris, Pedone, 2004, p.765-774.
- 198- MUIR WATT H., « Les forces de résistance à l’analyse économique du droit dans le droit civil » in *L’analyse économique du droit dans les pays de droit civil - Actes du colloque organisé par le Centre de Recherches et de Documentation Economiques de l’Université de Nancy 2 les 28 & 29 juin 2000 (direction DEFFAINS B.)*, Paris, Editions Cujas, 2002 pp. 37 et s.
- 199- MUIR WATT H., « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain » in *L’américanisation du droit*, APD, tome 45, Paris, Dalloz, 2001, pp. 29-36.

- 200- MULLER E., « Le partenariat public-privé, avenir des sociétés d'économie mixte ? », in Contrats et Marchés publics n° 2, fév. 2010, étude 2.
- 201- MUNAGORRI Rafael Encinas De, « L'analyse économique est-elle une source du droit ? Propos sur la doctrine du Premier président de la Cour de cassation », in RTDciv., 2006, p. 505 et s.
- 202- NA'IM Ainun, "Special Purpose Vehicle institutions ; Their Business Natures and Accounting Implications", in Gadjah Mada Journal of Business, Vol. 8, n° 1, Jan-April 2006, p. 1-19.
- 203- NASLIN Jean, "A completely new legal experience", in International Business Lawyer, January 1996, 8-10.
- 204- NEATE Francis W., "Civil Law and Common Law: rendezvous in Eurotunnel", in International Business Lawyer, January 1996, 3-5.
- 205- NEVILLE L., "Crossing Over (The project finance industry that is emerging from the recent global downturn looks very different than it did in the late 1990s)", in Global Finance, February 2004, p. 37-39.
- 206- NHAT QUANG T. and HOAI NAM D., "BOT project financing in Vietnam", in Asialaw, Oct. 2003, available on: <http://www.asialaw.com/Article/1972430/BOT-Project-Financing-in-Vietnam>
- 207- NIELSEN Kris R., "Trends and evolving risks in Design-Build, BOT and BOOT projects", in The International Construction Law Review, 1997, p. 188-198.
- 208- NIHOUL P., « Les marchés publics dans l'Union européenne (2009) », in JDE, chr., 2010, p. 282-287.
- 209- NOUEL Ph., "Cartesian pragmatism: looking for common principles in French and English Law", in International Business Lawyer, January 1996, 22-25.
- 210- OMAN Ch., « Les nouvelles formes d'investissement dans les industries des pays en développement: industries extractives, pétrochimie, automobile, textile, agro-alimentaire », Paris, OCDE, 1989.
- 211- OPPETIT B., « Droit et économie », in APD, tome 37, 1992, pp. 17-26.
- 212- PAN Yigang and TSE David K., "Cooperative strategies between foreign firms in an overseas country", in Journal of International Business Studies, Vol. 27, n° 5, 1996 (Global perspectives on cooperative strategies), 929-946.
- 213- PARLEANI G., « Les pactes d'actionnaires », in Revue des sociétés, 1991, p. 1 et s.
- 214- PELLET A., « Le financement dans le cadre du fonds monétaire international », in Droit de l'économie internationale, Paris, Pedone, 2004, p. 225-233.
- 215- PERCOPO B., "Insurance Solutions for Project Finance", in Journal of Project Finance, Vol. 5, Issue 2, summer 1999.
- 216- PERRY Amanda J., "The relationship between legal and economic development: Integrating economic and cultural approaches", in Journal of Law and Society, vol. 29, n° 2, Jun. 2002, p. 282-307.
- 217- PFERSMANN O., « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques » ? », in RRJ, 2008-5, n° spécial, p. 2595-2602.

- 218- PLATT G., "World Best Project Finance Banks", in *Global Finance*, Nov. 2004, p. 34-38.
- 219- PREVISANI A., « Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération », in *D.P.C.I.*, 1984, n° 3, p. 337 et s.
- 220- PUTMAN E., « L'introuvable contrat complet », in *RRJ*, 2008-5, n° spécial, p. 2477-2483.
- 221- QIAO Lin, WANG QING Shou, TIONG Robert L.K. and CHAN Tsang-Sing, "Framework for critical success factors of BOT projects in China", in *The Journal of Project Finance*, spring 2001, 53-61.
- 222- QIU Larry D. and WANG Susheng, "BOT projects: incentives and efficiency", in *Journal of Development Economics* 94, 2011, 127-138.
- 223- QUANG NHAT Truong and NAM DIEP Hoai, "BOT project financing in Vietnam", in *Asialaw*, October 2003: <http://www.asialaw.com/Article/1972430/BOT-project-financing-in-Vietnam.html?>
- 224- RAPP Lucien, « Les actifs de l'Etat-hôte sont-ils par nature impropres au financement des investissements transnationaux ? », in *RDAI*, n° 3, 2005, p. 271 et s.
- 225- RAUNER Stewart E., "Project finance: A risk spreading approach to the commercial financing of Economic development", in *Harvard International Law Journal*, Vol. 24, summer 1983, p. 145-181.
- 226- RIGAUX P., « De la construction "clé sur porte" », in *JTbe*, 1979, p. 225-227.
- 227- RIGGS John H., « Innovations des financements de projet: Les acteurs sur le marché international et en France, et les modifications de l'environnement juridique », in *Banque et droit* n° 19, sept.-oct. 1991, p. 177 et s.
- 228- ROUMBOUTSOS A. and ANAGNOSTOPOULOS K. P., "Public-private partnership in Greece: risk ranking and preferred allocation", in *Construction Management and Economics*, Vol. 26, July 2008, p. 751-763.
- 229- RUDDEN B., « Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements », in *RTDciv.*, 1985, p. 91 et s.
- 230- RWELAMILA Pantaleo D. and MEYER C., "Appropriate or default project Procurement systems?" in *Cost Engineering*, Vol. 41, n° 9, September 1999, p. 40-44.
- 231- SALACUSE Jeswald W., "Direct foreign investment and the law in developing countries", in *International Finance and development Law*, Liber Amicorum Ibrahim F.I. Shihata, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- 232- SALMAN A. F. M., SKIBNIEWSKI M. J. and BASHA I., "BOT viability model for large-scale infrastructure projects", in *Journal of Construction Engineering and Management*, Jan. 2007, p. 50 et s.
- 233- SANDERS L., « Denver Sports arena opens new doors by using asset-backed financing », in *Bond Buyer*, Vol. 324, Issue 30402, 05/28/1998.
- 234- SANGO TUENO M. (Dr.), « Lettre catholique et dialectique aux élites africaines », in *La Nouvelle Expression (Journal quotidien camerounais)*, 2004.
- 235- SANTACRU Dominique, "Garanties données par les communes dans les opérations de concession", in *Les Petites Affiches*, mai 1995, n° 63, p. 9 et s.

- 236- SCHAUFELBERGER John E. and WIPADAPISUT Isr, "Alternate Financing Strategies for Build-Operate-Transfer Projects" in Journal of Construction Engineering and Management, Vol. 129, n° 2 April 2003.
- 237- SCOTT Robert E. and TRIANTIS George G., "Incomplete contracts and the theory of contract design", in Case Western Reserve Law Review, Vol. 56, 2005, p. 187-201.
- 238- SCOTT Robert E., "Conflict and cooperation in long-term contracts", in California Law Review, Vol. 75, n° 6, Dec. 1987, 2005-2054.
- 239- SEPPALA C.R., "FIDIC's new standard forms of contract: claims, resolution of disputes and the dispute adjudication board", in RDAI, 2001, n° 1, p. 3-12.
- 240- SEPPALA C.R., "FIDIC's new standard forms of contract: risks, force majeure, and termination", in RDAI, 2000, n° 8, p. 1013-1025.
- 241- SEVE René, « Droit et économie : quatre paradigmes », in APD tome 37, 1992, pp. 63-68.
- 242- SHEA Andrew L., VOUTCHKOV N., "Large-Scale Seawater Desalination and Alternative Project Delivery", in Design-Build Dateline, February 2005.
- 243- SHEN L. Y., BAO H. J., WU Y. Z., and LU W.S., "Using bargaining-Game Theory for Negotiating Concession period for BOT-Type Contract", in Journal of Construction and Management, May 2007, p. 385-392.
- 244- SHEN L. Y., LI H., and LI Q. M., "Alternative Concession Model for Build Operate Contract Projects", in Journal of Construction Engineering and Management, July/August 2002, p. 326-330.
- 245- SHEN Liyin, LEE Rowson K.H., ZHANG Zhihui, "Application of BOT system for infrastructure projects in China", in Journal of Construction Engineering and Management, Vol. 122, n° 4, 319-323.
- 246- SINKONDO M.-H., « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv., 1993, p.239 et s.
- 247- SMITH Robert J. "Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices", in The International Construction Law Review, 1995, p. 40-71.
- 248- SPENCE Michael, « Job market signaling », in The Quarterly Journal of Economics, Vol. 87, n° 3, 1973, p. 355-374.
- 249- STOUFFLET J., « Les financements par cession de créances futures. Etude de droit français », in *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 849-860.
- 250- SULLIVAN Kenneth T. and GUO Yan, "Contractor Cash Flow and Profitability Analysis between Best Value and Low Bid", in Cost Engineering, Vol. 51, n° 9, September 2009, p.16-20.
- 251- SUNT C., « Financement privé des services publics – Quelques aspects juridiques », in Revue de la Banque, 1990, n° 4, p.157 et s.
- 252- SYNDET H., « Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'Etat étranger », JDI, 1985, spéc. p. 879 et s.

- 253- SØREIDE T., “Too risk averse to stay honest? Business corruption, uncertainty and attitudes”, in *International Review of Law and Economics*, Dec. 2009, p. 388 et s.
- 254- TABIOU N. « Les Banques et Fonds internationaux de développement », in *Droit de l'économie internationale*, Paris, Pedone, p. 251-255.
- 255- TAKAO Higuchi, “Project finance needs know-how”, in *International Financial Law Review*, September 2008 (Energy & Project Finance).
- 256- TAYLOR Jr. Anthony B., “Build-Operate-Transfer: evaluating efficiency during the operation phase”, in *Cost Engineering*, Vol. 40, n° 6, June 1998, 23-26.
- 257- TEICHROEW D., ROBICHEK Alexander A. and MONTALBANO M., “An analysis of criteria for investment and financing decisions under certainty”, in *Management Science*, Vol. 12, n° 3, November 1965, p. 151-179.
- 258- TERNEYRE P., « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire », in *Petites Affiches*, n° 23, fév. 2000, p. 39 et s
- 259- TERNEYRE Ph., « Les montages contractuels complexes », in *AJDA spécial*, 20 juillet/20 août 1994.
- 260- THAKOR Anjan V., “Game Theory in Finance”, in *Financial Management*, spring 1991, p. 71-94.
- 261- THEWES M. « Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois », in *JTL*, n° 4, 20 août 2009, p. 105 et s.
- 262- THILLAI Rajan A., « Observations on Project Structures for Privately Funded Infrastructure Projects », in *The Journal of Structures and Project Finance*, Spring 2004, p. 39-45.
- 263- THIRION N., « *Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur », in *CDE (Cahier de droit européen)*, 3/2003, p. 225 et s.
- 264- THOMADAKIS S. and USMEN N., “Foreign Project Financing in Segmented Capital Markets: Equity Versus Debt”, in *Financial Management*, winter 1991, p. 42-53.
- 265- TIONG Robert L.K., “BOT projects: Risks and securities”, in *Construction Management and Economics*, Vol. 8, 1990, p. 315-328.
- 266- TIONG Robert L.K., “Competitive advantage of equity in BOT tender”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 121, n° 3, 1995, 282-289.
- 267- TIONG Robert L.K., “CSFs in Competitive Tendering and Negotiation Model for BOT Projects”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, September 1996, p. 205-211.
- 268- TIONG Robert L.K., “Risks and guarantees in BOT tender”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 121, n° 2, 1995, 183-188.
- 269- TOUSCOZ J., « Coopération industrielle et cofinancements internationaux (Considérations théoriques et méthodologiques) », in *RDAI*, 1986, n° 7.
- 270- TOUSCOZ J., « L'agence multilatérale de garantie des investissements », in *DPCI*, 1987, n° 2, p.311-333.
- 271- TOUSCOZ J., « Les opérations de garantie de l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (A.M.G.I.) », in *JDI*, 1987, p. 901-925.

- 272- TRUCHET D. « Etat et marché », in Droit et esthétique, APD, tome 40, Paris Sirey, 1996, p. 314 et s.
- 273- TURNER D., “Project risk mitigation comes under the microscope” in Power Economics, July/August 2002, p. 13-15.
- 274- UBEDA M., « La Banque européenne pour la reconstruction et le développement », in Droit de l'économie internationale, Paris, Pedone, 2004, p. 243-249
- 275- UBILLUS M. J. and WONG M., “Building Partnerships with Indigenous People”, in Engineering & Mining Journal, May 2008, p. 52-55.
- 276- VADCAR C., « Problématique et définition de l'investissement direct étranger en droit national et international », in Juris-Classeur dr. int., 1999, Fasc.565-50, p. 1 et s.
- 277- VADCAR C., « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droit international », in Juriscl. dr. int., Fasc. 565-54, nov.1999, n° 147.
- 278- VADCAR C., « Régime applicable à l'investissement direct étranger en droits français et étrangers », in Juriscl. dr. int., Fasc.565-52, 1999, n° 107.
- 279- Van DEVENTER and MLAMBO C., “Factors influencing venture capitalists’ project financing decisions in South Africa”, in South African Journal of Business Management (S.Afr.J.Manage.), 2009, 40, (1), p. 33-41.
- 280- VAN HOUTTE V., VERMEERSCH R. et WAUTELET P., “La sous-traitance internationale: questions choisies », in La sous-traitance, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, CVDA, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- 281- VAN OMMESLAGHE P., « Les conventions d'actionnaires en droit belge », in Revue pratique sociétés, 1989, p. 289 et s.
- 282- VANDEN BERGHE O., « Take or pay clauses naar Belgisch contractenrecht », in TBH 2009/9, nov. 2009, p. 859-868.
- 283- VANDOMME L., « ‘To time, to budget, to specification’: l'allocation des risques pré-opérationnels dans le cadre des financements de projets BOT », in RDAI, n° 8, 1999, p. 875 et s.
- 284- VEGA A. O., « Risk allocation in infrastructure financing », in Journal of Project Finance, Vol.3, Issue 2, Summer 1997.
- 285- VERZARIU P., “Risk Mitigating Role for Countertrade Techniques in Project Finance” in Journal of Project Finance, Vol. 4, Issue 3, p. 57.
- 286- VINEY G., “Sous-traitance et responsabilité civile”, in La sous-traitance de marchés et travaux..., (direction Ch. Gavalda), Paris, Economica, 1978.
- 287- VISSER'T HOOFT H. Ph., « John Rawls et l'utilitarisme », in L'utile et le juste, APD, tome 26, Paris, Sirey, 1981, p. 173 et s.
- 288- WAHISH N., “Re-inventing the wheel: BOT contracts are the reincarnation of concession contracts, but are they Egypt’s ticket to development?”, in Al-Ahram Weekly Online, 22-28 November 2001, Issue N° 561 disponible sur: <http://www.ahram.org.eg/weekly/> (consulté le 28 octobre 2011).
- 289- WALKER-ARNOTT E. I., “The channel tunnel concession”, in International Business Lawyer, January 1996, 12-14.

- 290- WALSCHOT F., « Nouvelles dimensions de la sous-traitance », in La sous-traitance, séminaire organisé à Liège le 18 avril 2002, CDVA, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- 291- WANG S.Q., TIONG Robert K.L., TING S.K. and ASHLEY D., “Evaluation and management of foreign exchange and revenue risks in China’s BOT projects”, in Construction Management and Economics, Vol. 18, p. 197-207.
- 292- WANG S.Q., TIONG Robert L.K., TING S.K. and ASHLEY D., “Evaluation and management of political risks in China’s BOT projects”, in Journal of Construction Engineering and Management, Vol. 126, n° 3, 2000, 242-250.
- 293- WEBB David C., “Long-term financial contracts can mitigate the adverse selection problem in project financing”, in International Economic Review, Vol. 32, n° 2, May 1991, p. 305-320.
- 294- WEST Gerald T., “Managing political risk: the role of investment insurance”, in Journal of Project Finance, 1996.
- 295- WHITE L., “Bankable feasibility studies: Five bankers point the way”, in Engineering & Mining Journal, Vol. 198, Issue 11, Nov. 1997.
- 296- WILLIAMSON Oliver E., “Credible commitments: using hostages to support exchange”, in The American Economic Review, Vol. 73, n° 4, Sept. 1983, 519-540.
- 297- WILLIAMSON Oliver E., “The theory of the firm as governance structure: From choice to contract”, in Journal of Economic Perspectives, vol. 16, n° 3, 2002, p. 171-195.
- 298- WRIGHT F. Kenneth, “Measuring project profitability: rate of return or present value?”, in The Accounting Review, Vol. 37, n° 3, July 1962, p. 433-437.
- 299- WYNANT L., “Essentials elements of project financing”, Harvard Business Review, May-June 1980 p. 165-173.
- 300- XENNIDIS Yiannis and ANGELIDES Demos, “The legal risks in Build-Operate-Transfer projects”, in Journal of Construction Research, Vol. 6, n° 2, 2005, 273-292.
- 301- YANG K., YI HSIEH J. and SHIUN LI T., “Contracting capacity and perceived contracting performance: Nonlinear effects and the role of time”, in Public Administration Review, vol. 69, Issue 4, July/August 2009, p. 681-696.
- 302- YE Sudong and TIONG Robert L.K., “Government support and risk-return trade-off in China’s BOT power projects”, in Engineering Construction and Architectural Management, 7/4, 2000, 412-422.
- 303- YE Sudong and TIONG Robert L.K., “The effect of concession period design on completion risk management of BOT projects”, in Construction Management and Economics, 21, July 2003, 471-482.
- 304- YEHUDA R. and MYERS C., “Public-private projects: the new frontier”, in International Financial Law Review, Vol. 24, Issue 3, March 2005.
- 305- YEO K.T. and TIONG Robert L.K., “Positive management of differences for risk reduction in BOT projects”, in International Journal of Project Management, 18, 2000, 257-265.

- 306- ZHANG W. R., WANG S. Q., TIONG R. L. K., TING S. K. & ASHLEY D., “Risk management of Shanghai’s privately-financed Yan’an Donglu tunnels”, in *Journal of Engineering, Construction and Architectural Management*, Vol. 5, n° 4, Dec. 1998, p. 399-409.
- 307- ZHANG X. Q., KUMARASWAMY M.M., “Hong Kong experience in managing BOT projects”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 127, n° 2, 2001, 154-162.
- 308- ZHANG X., “Concessionaire’s financial capability in developing Build-Operate-Transfer type infrastructure projects”, in *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 131, n° 10, October 2005, 1054-1064.
- 309- ZHANG X.Q., KUMARASWAMY M.M., ZHENG W. and PALANEESWARAN E., “Concessionaire selection for Build-Operate-Transfer tunnel projects in Hong-Kong” in *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 128, n° 2, April 2002, 155-163.

VI- PRINCIPALES JURISPRUDENCES ET SENTENCES ARBITRALES CITEES

1- Jurisprudences

a- Internationales

- CIJ Arrêt du 25 septembre 1997 relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (affaire opposant la Hongrie à la Slovaquie où la Cour retient une obligation de renégocier le traité plutôt que d’en consacrer la rupture), Rec. 1997, p. 7.

b- Américaines

- *Aluminium Company of America v Essex Group Inc.* 499 F Supp 53 (1980) see for comment: Robert E. Scott, “Conflict and cooperation in long-term contracts”, in *California Law Review*, vol. 75, n° 6, Dec. 1987, p. 2050-2051;
- *In re Westinghouse Elec. Corp. Uranium Litig.* 405 F Supp 316 (1975) see for comment: Eagan, “The Westinghouse uranium contracts: Commercial impracticability and related matters”, 18 Am. Bus. L.J. 281, 282-283 (1980).

c- Européennes

- CJCE, Arrêt *Stadt Halle*, Affaire C-26/03 du 11 janvier 2005, Rec., 2005, I-1 ;
- CJCE Affaire C-410/04, ANAV, Rec., 2006, p. I-3303 ;
- CJCE Arrêt *Commune d’Almelo* du 27 avril 1994, Affaire C- 393/92, Rec., 1994, I, p. 01477 ;
- CJCE Arrêt *Teckal*, Affaire C-107/98 du 18 novembre 1999, Rec., 1999, I, p. 8121 ;
- CJCE, 15 octobre 2009, Affaire C-196/08, *Acoset SpA c/ Province Raguse*, Rec., 2009, I, 09913 ;
- CJCE, 18 novembre 1999, *Unitron*, Affaire C-275/98, Rec., 1999, I, 08291 ;
- CJCE, 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional SA*, Rec., 1994, I, p. 1329 ;

- CJCE, 4 mai 1988, *Corinne Bodson c/ SA Pompes funèbres des régions libérées*, Affaire 30/87, Rec., 1988, p. 247 ;
- CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags Gmbh*, affaire C-324/98, Rec., 2000, I, 10745 ;
- CJCE, Affaire C-29/04, Commission c/ Autriche, Rec., 2005, p. I-9705.
- CJCE, *Affaire Höfner et Elser* du 23 avril 1991, C-41-91, Rec., 1991, p. I-1979 ;

d- Belges

- Cass., 1^{ère} ch., 18 mai 2007 arrêt n° C.06.0086.N, *Région Flamande c/ Hesse-Noordnatie*, obs. D. Lagasse, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? », Rev. not. belge, p. 631 et s.
- Cass., 25 septembre 2000, Pas., 2000, I, p. 1399 ;
- Cass., 22 février 1991, Pas., 1991, I, p. 607 (sur le droit d'accession du gestionnaire du domaine public).

e- Françaises

- Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-18.882, F-P+B, Waintraub c/Sté Balmain : Juris-Data n° 2007-037498 note H. Hovasse ;
- Cass. com., 3 nov. 1992 Sté française des pétroles BP c/ Huard, JCP 1993, II, 22164 obs. Viramassy ;
- CE, 10 juillet 1996 *Cayzeele*, AJDA, 1996, p. 807 ;
- CE, 27 février 1995, *Secrétaire d'Etat à la mer c/ Torre*, Rec. p. 109 ;
- CE, 6 mars 1991, *Syndicat national CGT du CEPME*, RFDA, 7 (5), septembre-octobre 1991, p. 839-842, note M. Durupty ;
- CE, 4 mars 1991, *Palanque*, Rec., p. 976 ;
- CE, 14 octobre 1988, *SA Socea-Balancy (SOBEA) et autres* in *Marchés publics*, n° 240, mars 1989, p. 8, note F. Moderne ;
- CE, 3 juin 1987, *Société nîmoise de tauromachie et de spectacles*, Les petites affiches, n° 72, 15 juin 1988, p. 22, note B. Poujade ;
- CE, 29 avril, 1987, Rec. p. 152 ;
- CE, 23 juin 1986, *Thomas*, Rec. CE, p. 167.
- CE, Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de Télédiffusion*, Rec. p. 96 ;
- CE, Ass., 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, AJDA, 1986, p. 284 ;
- CE, 27 mars 1985, *Sociétés des marchés de la région parisienne*, RDP, 1985, p. 1968, obs. F. Llorrens ;
- CE, 4 février 1983, *Ville de Charleville-Mézières*, Rec., p. 45 ;
- CE, Ass., 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipement pour la navigation aérienne (SFENA)*, Rec. Lebon p. 436 ;

- TC, 4 février 1974, *Epoux Di Vita c/ Sieur Mayet*, Rec. p. 789.
- CE, 24 octobre 1969, Département du Puy-de-Dôme, JCP, 1970, II, 16206 ;
- CE, 19 mars 1948, *Société Les Amis de l'opérette*, Rec. p. 142 (contrat d'un an qualifié de concession).
- CE, 21 janv. 1944, *Sieur Leoni*, RDP, 1944, p. 250, note Jèze (contrat d'une durée de trois ans qualifié de concession par le Conseil d'Etat)
- CE, 22 juillet 1927, *Syndicat des employés des secteurs électriques de la seine*, Rec., p. 826 ;
- CE, 29 octobre 1926, *Gay*, Rec., p. 910 et s ;
- CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Dalloz P., 1916, 3, p. 25 ;
- CE, 11 mars 1910, *Compagnie française des tramways*, Rec., 1910, p. 223 ;
- CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. Lebon 1910, p. 193, concl. Pichat.

f- Luxembourgeoises

- CE, 22 mars 1872, Pas. lux., tome.1, p. 201.

2- Sentences arbitrales

- Sentence *Klöckner et al. c/ Cameroun* du 21 oct. 1983, JDI, 1984, p. 409-454 (extraits) ;
- Sentence CCI, n° 6320, Rec. sentence arb. CCI, 1992, tome III, p. 336 et s. ;
- Sentence CCI n° 6230, Rec. sentences arb. CCI, 1990 par J.-J. Arnaldez, Y. Derains et D. Hascher, tome III, Kluwer, 1997, p. 86 ;
- Sentence finale CCCI (inédictée) dans l'affaire n° 9151, 1999 ;
- Sentence *Lena Goldfields* (sur les « domestic matters » ou « matters incidental to the performance of the contract »): V. notamment Cornell LQ [1950], vol. 36, p. 42 et s. ;
- Sentence *SEEE c/ Gouvernement Yougoslave* (affaire relative à la construction d'une voie ferrée) ;
- Sentence *Texaco-Calasiatic*, Clunet, 1977, p. 374 –380 ;
- Sentence *Aramco c/ Saudi Arabia*, Rev. crit. DIP, 1963 ;
- Sentence *sapphire c/ NIOC* du 15 mars 1963, IRL., vol. 35, p. 136.

VII- PRINCIPAUX SITES INTERNET CONSULTÉS

- 1- <http://www.ahram.org>
- 2- <http://www.papers.ssrn.com>
- 3- <http://www.worldbank.org>
- 4- <http://www.go.worldbank.org>
- 5- <http://www.bot.or.th>
- 6- www.cordiant.com
- 7- www.Dalloz.fr

- 8- <http://allser.rug.ac.be/~gdegeest/tablebib.htm>
- 9- <http://www.fondation-igd.org>
- 10- http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp
- 11- <http://curia.europa.eu/>
- 12- <http://www.europa.eu.int/comm/eurostat>
- 13- http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm
- 14- <http://www.partnershipsuk.org.uk>
- 15- <http://www.localpartnerships.org.uk/4ps/>
- 16- http://www.nao.org.uk/about_us.aspx
- 17- <http://www.audit-commission.gov.uk/>
- 18- www.lextenso.fr
- 19- <http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/EnvSocStandards>
- 20- www.equator-principles.com
- 21- www.worldbank.org/html/fpd/guarantees/html/process_ops.html
- 22- <http://www.web.ebscohost.com/ehost>
- 23- http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0724.shtml
- 24- <http://www.asialaw.com/Article/1972430/BOT-Project-Financing-in-Vietnam>
- 25- <http://www.gbr.pepperdine.edu/032/spe.html>

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes. Les numéros en gras se rapportent au (x) paragraphe(s) où un concept est défini ou significativement développé)

A

Action collective, 3, **564**, 1255

Accession (droit d'), **197**, 369

Acculturation (juste), 1134, **1143**, 1144, **1146**

Actifs spécifiques, **916**, 925, 1219, **1289**

Affermage, 252, **281 à 283**, 1220

Agence

de crédit à l'exportation, 582, 715, 811, 820, **821**, 829, 830, 837, **841**, **842**, **843**, **844**

de notation/ « credit rating agency », **1137**

de régulation/réglementation (v. aussi régulateur), 603, **1240**

indépendante, 91, **406**, 1168, 1242

Multilatérale de garantie des investissements (AMGI/MIGA), 715, 837, **838**, **839**, **840**

Agence (théorie de l'), 565, **566**, **567**, 569, 570, **574**, 1164

Agent rationnel, 37, **439**

Altruiste (motif), **1275**

Analyse économique du droit (v. aussi Law and economics/economics analysis of law), **33**, **35**, 38, **39**, **56**, **57**, **58**, 429, **430 à 473**, 1082, 1265, 1314

Arbitrage

économique, **37**, 441

juridique (procédure d', clause d'), 64, 709, 948, 979, 1142, 1281, 1282, **1284**, **1285**, 1288, 1290

politique, 3, 444, 1079, **1088**, 1096, 1103

Assurances (en général), 264, 469, 493, 494, 610, **613**, 618, 672, 811, 823, 854

du projet (BOT), 578, 690, 703, **716**, **717**, 761, 802, 803, 804, 831, **832**, **834**, **835**, **840**, 858, 883, 893, 985, 1002, 1031, 1057

immobilière habitation, **4**

Asymétrie, **453**, 596

d'information, 37, 56, **451**, **452**, **454**, 460, 566, 588, **595**, 671, 1134, 1168, 1231, 1237, 1295, 1303

de pouvoir, **454**, 1231

Auto-régulation, 1270, **1272**, 1277, 1278, 1279, 1291

Avantage comparatif, **675**, 676

Aversion de la perte, 669, **672**

Aversion du risque, 615, 666, **672**, 1111, 1154

B

Back-to-back allocation (transfert de risques trait pour trait), **712**, **713**, **714**, 972, 973, 1007

Bail emphytéotique (administratif), 244, 247, 286, **287 à 290**

Bancabilité, 542, 711, 727, **728**, **729**, **730**, 731, 803

Bastions/ hold-out, **564**, 572

Benchmarking/Comparaison (outil de), 526, 548, **549**

Biais cognitif, 666, **670**

Biens,

échange de, 674, **675**, 1171

collectifs, **6**, 41, 79, 127, 142, 145, 167, 373, 500, 746, 1275
communs (v. aussi biens publics), 305, 333
de reprise, **276**, 368
de retour, **275**, 368
des personnes publiques (v. aussi propriété publique), 338, 342 à 344, **346**, 347 à 354, 355 à 358, 364 à 367
propres, **277**
publics (« purs »), 586, **592**, 594, 599, 600, **604**, 605, 1104

Boîte de Pandore, **1**, 1208.

Bonne foi (principe/exigence de), 350, **750**, 978, **1228**, 1230, **1276**, **1304**

BOT, 1 et s., **10**, **11**, **13**, **15**, 16, **17**, 18 et s., **27**, 28 et s., **31**, **45**, **47**, **65**, 69, 78, 89, 166, 190, 206, **208**, **209**, 292, 297, 365, 369, **371**, 373, 391, 394, **423**, 486, 494, 519, **521**, 525, 603, 605, **607**, **624**, **653**, **673**, 681, **689**, **713**, 719, 726, **733**, 738, 747, **752**, **753**, 754, **755**, 757, **760**, **761**, **763**, 774, **783**, 793, **803**, 806, 814, 826, **832**, 845, **860**, 870, **880**, **886**, **897**, **907**, 909, **913**, 915, **918**, 928, 934, 939, 945, **949**, 956, 965, **970**, 981, **996**, **1024**, **1026**, 1027, 1034, 1043, 1062, **1063**, **1086**, **1089**, 1094, **1096**, 1102, **1104**, 1111, **1114**, **1118**, 1123, **1129**, **1134**, 1144, **1148**, 1160, 1163, 1167, 1169, **1170**, **1174**, **1183**, 1191, **1194**, 1197, **1201**, 1207, 1211, **1218**, **1222**, 1227, 1231, 1246, 1251, **1252**, 1254, **1255**, **1256**, 1263, 1264, 1265, 1268, 1270, 1273, 1275, 1278, 1280, 1281, 1284, 1288, 1293, 1295, 1302, 1305, **1306 à 1314**.

Budget (public), 6, 7, 21, 177, 193, 194, 285, 372, 374, **375**, 380, 388, 389, 390, 391, 394, 396, 423, 511, 575, 1107, 1134

annualité, 375, **376**, 388, 389

contrôle de l'exécution, **385**

exécution, **382**, **383**

non affectation (des recettes), 377, **379**

spécialité, 377, **378**, 384, 388

universalité, 154, **377**, 375

Budget prévisionnel du projet, 529, 706, 860, 955, 966, 1018, 1019

C

Cadre institutionnel et réglementaire, 21, 188, **189**, 190, 406, 752, 754, 1109, 1133, **1134 à 1142**, 1144, **1146**, 1147, 1154, 1235, 1239, **1240**, 1243, 1248, 1308.

Capacité (droit de), 872, 1034, 1035, 1036, 1039, 1050, 1055, 1056, **1057**, 1058, 1059, 1060 d'endettement, **818**

Caps, 855, **856**

Capture (de l'Etat/du régulateur), 21, 1140, **1235**, **1236**, **1241**

Cash flow, 10, 26, 149, 423, 424, 427, 502, 503, 527, 727, 732, 733, **734 à 737**, 767 à 769, 803, 816, 820, 849, 855, 873, 897, 898, **899**, **900**, 901, 902, 942, 995, 1032, **1044**, 1163

Cheapest cost avoider, **493**, **495**

Coase (théorème de), 38, 432, 441, **448 à 450**, 1197

Collars, 853, 855, **856**, **857**

Commande publique, 201, 207, 208, **210**, 211, 230, 280, **301**, 383, 393, 396, 407, 421, 748, 1148

Communication (entre parties), 162, 450, 520, **710**, **757**, **1021**, 1045, **1225**, **1276**, 1227

Comparateur du service public (CSP)/ Public sector comparator, 168, 173, **175**, **176**, 419, **420**

Comportements opportunistes/stratégiques, 924, 1174, 1192, 1208, **1209**, 1210, **1230 à 1250**

Compulsory competitive tendering, **413**

Concession, 18, 31, 44, 45, 51, 53, 62, 76, **80**, 85, 87, 126, 127, 182, 190, 210, 211, **212 à 229**, **235**, **245 à 277**, 282, 290, **298**, 299, 361, 368, 421, 743, **762**, **763 à 802**, 814 à 817, 849, 876, 892, 901, 908, 909, 910, 918, 962, 991, 1003, 1014, 1023, 1024, 1045, 1090, 1091, 1098, 1107, 1111, 1112, 1132, 1136, 1155, 1157, 1205, 1207, 1214, 1215, **1216**, 1218, 1220, **1233**, 1240, 1246, 1247, **1248**, 1267, 1274, 1283
 de services et de travaux publics, **243**, **244**
 de services publics, 230, **231**, 232, **239 à 242**
 de travaux publics, 159, 230, **233**, **234**, **236 à 238**

Concurrence, 3, 22, **28**, 70, 71, 87, 124, 125, 135, 138, 171, 190, 259, 294, 413, 418, 432, 594, 599, 600, 602, 745, 876, 911, 920, 943, 957, 959, 1036, 1134, 1148, **1151**, 1152, 1155, **1216**, 1290
 imparfaite, 190, 586, **587**, 589
 parfaite, **587**

Conditionnalités d'intervention/Policy conditionality, **582**

Consultant/ingénieur/expert indépendant, 150, 574, **575**, 578, **579**, 651, 657, 708, 709, 804, 948, 951, 956, 961, **962 à 964**, 993, 1011, 1055, 1072, 1124, 1127, 1191, 1241, 1250, 1283, 1286, **1287**, **1288**, **1292**

Contestabilité (v. aussi marché contestable), 418

Continuité (principe), 198, 200, 205, 272, 296, 313, 315, **316 à 318**, 343, 351, 353, 356, 360, 364, 409, 880, 884, **885**, **886**, 897, 904, 905, 908, 909, 997, 1000 à 1002, 1004, 1022, 1053, 1096, 1117, 1197, 1219, 1235

Contrat, **49**, 58, 89, **153**
 clé en mains, 972, **981 à 990**, 993
 d'Etat, **64**, **158**
 d'exploitation et maintenance, 967, **994 à 1007**, 1011 à 1022, 1024
 de construction, 682, 683, 846, 913, 948, **949 à 993**, 996, 1020
 de financement, 65, 148, 405, **509**, **576**, **577**, 761, 802, **803 à 831**, 836, 858, 1278
 de fourniture, d'achat/vente, 240, 703, 847, 913, 950, 998, 1012, **1026 à 1060**, 1212
 incomplet (v. aussi théorie de l'incomplétude contractuelle), 1169, 1178, 1180, **1188**, 1209, 1307, 1311
 parfait/complet, **1176**, **1179**, 1187, 1188, 1193, 1211
 relationnel, **1170 à 1173**

Contrôlabilité, 26, 867, 1063, 1128, **1130 à 1133**, 1158, **1159**, 1163, 1164, 1169, 1201, 1308, 1311

Convention directe/Direct agreement, 894, 904, **905 à 908**

Coopération (instrument/obligation de), 16, 39, 40, **49**, **50**, 59, **61**, 74, 85, 129, 138, 154, 158, **160 à 166**, 206, 290, 435, 479, 492, 560, 674, 691, 692, 694, 695, 749, **750 à 755**, 757, 760, 761, 764, 782, 785, 795, 797, 802, 804, 805, 824, 825, 828, 831, 832, 858, 860, 861, 878, 880, 885, 886, 892, 908, 912, 913 à 915, **917**, 921, 924, à 926, 937, 945, 949, 954, 955, 965, 980, 996, 1003, 1004, 1016, 1017, 1020 à 1022, 1027, 1041 à 1043, 1045 à 1046, 1049, 1060, 1062 à 1063, 1088, 1124, 1126, 1128, 1132, 1162, 1169, 1170, 1174, 1194, **1197**, 1222, 1245, 1251, **1252 à 1254**, **1262**, 1265, **1266**, 1267, **1268**, 1269, 1270, 1271, 1273, **1274**, 1275, 1276, 1277, 1280, 1285, 1286, 1289, 1290, 1293, 1294, 1297, 1301, 1303 à 1305, **1306**, 1307, **1038**, 1309, 1311, **1312 à 1313**

Coordination (fonction/objectif de), 165, 449, 563, 636, 643, 755, 757, 763, 783, 791, 792, 826, 916, **917**, **918**, 919, **921**, 926, 950, 954, **956**, 957, 958, 962, 965, 1122, 1131, 1132, 1144, 1254, 1279, 1293, 1310, 1311

Corruption (lutte contre la), 22, **192**, 5757, 867, 953, 1134, 1148, **1154**, 1156, 1221, 1234, 1242

Coûts

d'agence, **567**
d'opportunité, 201, **441**, 675
de transactions, 23, 37, 38, 201, 441, 447, **448 à 450**, 472, 487, 559, 561, 1093, 1138, 1164, 1304
Coûts-avantages/coûts-bénéfices (analyses), **174**, 666 à 669, 1266
Créanciers résiduels/Residual claimants, **573**, 598, 701, **921**

D

Dettes (financement par), 405, 533, 535 à 536, **811**, 812 à 813, 815, **816**, 819, 821, 823, 830, 860, 893, 902, 919, 941, 946 ; 971 ; 1048
Dénationalisation, **68**, 69
Désaffectation, 346, 348, 353, **354 à 358**, 363, 371
Dialectique, **32**, 428, 430, 1074, 1078
Dilemme du prisonnier, **517 à 519**, 521, 522, 1255, **1256 à 1259**, 1260, 1265, 1299
Domaine public, 196 à 200, 235, 237 à 238, 244, 271, 273, 287 à 290, 339, **340 à 358**, 359 à 361, 363 à 365
sûretés, **365 à 371**
Droit économique, **33**, 60, 429, 431
Droits résiduels (de contrôle), **1198**
Due diligence, **541**, 632

E

Economie,
néo-classique, **36**, **37**, 60, 437, 447
néo-institutionnelle, **56**, 460
des contrats, **474 à 495**, 1185, 1188, 1189, 1192
du droit (v. aussi analyse économique du droit), 33, 35, 429, 460
Effectivité, 25, **38**, 210, 380, 766, 924, 1068, 1123, 1166, 1253, 1269, **1270**, 1294, 1297, 1309
Efficacité, 3, 24, **38**, 81, 95, 114, 123, 124, 127, 130, 135, 143, 151, 167 à 168, 172, 177 à 178, 192, 195, 200, 203 à 206, 322, 326 à 327, 329, 380, 409 à 412, 443 à 444, 449, 458, 467, 480, 489, 561, 570, 573, 585, 700 à 701, 764, 771, 775, 832, 862, 884, 886, 892, 904, 911, 924, 926, 938, 948, 952, 960, 1055, 1084, 1090 à 1091, 1095, 1127, 1150, 1218 à 1219, **1220**, **1224**, 1252 à 1253, **1308**, 1309, 1313
principe, **330 à 331**, 332, 337
Efficience, 25, **38**, 124, 167, 170, 172, 178, 203, 206, 327, 412, 420, 442, 862, 932, 993, 1050, 1052, 1125, 1148, 1191, 1218, 1219, 1220
Egalité (principe d'), 154, 162, 230, 239, 292, 306, 313, **314 à 315**, 324, 333, **603**, 1148
Empiriques (études), 42, 59, 72, 74, 472, **473**, 1125, 1166, 1240, 1272, 1273, 1306
Entreprises publiques, 4, 101, **102 à 105**, 107, 115, 116, 119, 124, 184, 878, 1267
Equilibre
compétitif (théorie de l'), 674, 677, **678 à 680**
de marché, **36**, 437
Equilibre financier (principe et modélisation de l'), 157, 265, 272, 1046, **1111**, **1112**, 1215, 1219, 1237, 1247, 1249
Equité, 3, 25, **172**, 265, 397, 443, 444, 681, **1089**
Equity (v. aussi fonds propres), 149, **405**, 502, 533, 701, **810**, 815, 816, 818, 923, 941
Escrow/Offshore accounts, 703, 898, 900, **901 à 903**
Espistémologie/épistémologique, 32, 436
Etat de droit, 1138, 1139, **1143**, **1145**

Externalités, 447, **448**, 539, 544, **548**, 586, 589, **590**, **591**, 593, 601, 1098

F

Faisabilité (études de), **18**, **150**, 504, 526, 527 à 548, 549, 704, 730, 731, 765, 875, 929, 999, 1060, 1090, **1091 à 1093**, 1159, **1160 à 1162**, 1191, **1246**, 1268

financière, 95, 168, 169, **170**, 171, 393, **746**, 747

Floors, 855, **856 à 857**

Fonds propres (v. aussi equity), 149, 405, 533, 556, 717, 809, **810**, **813**, 817 à 819, 823, 860, 869, 873, 880, 896, 923, **924**, 931, 941, 971, 1121, 1278

Force majeure, 144, **489**, 542, 610, **651**, 884, 960, 992, 1031, 1193, 1222, 1226, 1296

Forwards, 851, **852**, 853

Free ride/resquillage, **564**, 572, 592, 604, 605, **1124**

Futures/ contrats à terme standardisés, 718, 849, **853**

G

Garanties,

émanant du partenaire public, 8, 149, **194**, **742**, 859, **860 à 878**

émanant des partenaires privés, 859, **879 à 885**

Gérance (contrat de), **279**

Gratuité (principe de), 322, **323 à 324**, 332

H

Hardship (clauses de), 1193, **1226**, 1296

Hedging/couverture (instruments de), 703, **848**, **849**

I

Imprescriptibilité (principe d'), 346, 349, **350**

Idéologie/Idéologique, 35, 57, 81, 162, 181, 302, 336, 435, 644, **1066**, 1067 à 1068, **1070**, **1074**, 1078 à 1080

Inaliénabilité (principe d'), 346, **347 à 349**, 350, **367**, 370

Incitations, **37**, 116, 186, **439**, 457, 562, 570, 590, **598 à 599**, 684, 766, 773, 777, 879, **924**, 926, 1042, 1141, 1190 à 1192, 1260, 1295, **1311**

Incomplétude contractuelle (théorie de l'), **486**, 525, 566, 569, 598, **1174**, **1175 à 1193**, **1198**, **1203**, 1204, 1206, 1218, 1251, 1271, 1294

Indisponibilité (régime d'), **156**, **346 à 353**

Individualisme méthodologique, **36**, **437**

Information imparfaite, 586, **588**, 589, 593, **595**

Infrastructures, **5**, 6, 8, 15, 16, 19, 27, 53, 69, 78, 80, 81, 170, **192**, 193, 198, 219, 222, 304, 322, 361, 369, 397, 399, 404, 413, 422, 423, 426, 500, 511, 554, 560, **642**, 741, 823, 860, 866, 876, 882, 889, 950 à 953, 1003, 1125, 1146, 1155, 1163, 1221, 1235, 1312

Input efficiency, 1050, **1054**

Insaisissabilité (principe d'), 346, 350, **351 à 353**

Institutions publiques (notion d'), 3, 107, 110, 181, 385, 520, 627, 631, 1135, 1138, 1142, **1145**, 1146, 1243

Intégration (objectif d'), 335, 600, 607, 725, 763, 791, 916, **917**, **919 à 920**, 973, 975, 977, 1122, 1151, 1189, 1272, 1314

Interactions,

stratégiques, 443, 454, **455**, 505, 506, 513, **514**, 1088, 1104, 1240, 1255, **1260**, 1269, 1272 à 1274, 1278, 1293, 1307, **1308**, 1310, 1311

Interdépendance, 50, 166, 309, 430, **572**, 590, 754, 755, **757**, **758**, 760, **800**, 802, 804, 805, 858, 861, **908**, 944, 975, 980, **993**, **1043**, 1046, 1049, 1060, **1062**, 1294, 1307, 1308, 1311, **1314**

Intérêt général, 6, 29, 30, 50, 71, 96, 98, 100, 126, 137, 139, 152, 156, 157, 160, 164, 195, 203, 214, 226, 245, 246, 272, 287, 289, 290, 299, **300**, 304, 308, 309, 319, 330, 335, 352, 364, 426, 511, 558, 762, 927, 1061, 1062, 1063, 1064, **1065 à 1086**, **1087**, 1089, 1090, **1092**, 1095, **1096**, 1097, 1099, 1102 à 1104, 1114, 1117, 1118, **1129**, 1134, 1160, **1161**, 1162, 1194, **1195**, 1231, 1275, 1307, 1308, 1311, 1312

Interface (risques d'), 641, 642, **643 à 644**, **757**, 952, 991, 995, 1005, 1006, 1013, 1014, 1015, **1016**, **1018**

Internalisation des coûts, **591**, **600**, 953, **1094**

Intertemporelle (contrainte budgétaire), **170**, 193, **1107**

Investissements (retour sur), 50, 185, 511, **529**, 637, 647, **727**, 765, 767, 779, 781, 795, 809, 810, 813, 816, 860, 870, 998, 1012, **1058**, **1105**, 1108, **1110**, **1111**, 1112, 1121, 1240, 1241, 1256

J

Jeux (théorie des),

coopératifs, **516 à 520**

de coordination, 455, **515**, 516

de longue haleine/répétés, 515, 520, **521 à 525**, **1255**, **1260 à 1262**, 1307, 1308

K

Kaldor-Hicks (critère de), 447, **1118**

L

Law and economics (v. aussi analyse économique du droit), 32, **33 à 36**, **39**, **40**, 55, **56 à 60**, 63, 209, **429 et s.**

Levier financier (effet de), 206, **556**, **816**, 1121, 1168

Lex mercatoria, 66, 70

Libéralisations, 100, 118, 124, **125**, 171, 984, 1134

Loi de l'offre et de la demande, 37, **440**, 587, 649

M

Marché,

contestable (v. aussi contestabilité), **125**, 171, 603

économie de, 2, **3**, 23, 475, **608**, **675**, 1139

équilibre de, **36**, 437

Macroéconomie, **36**, 437

Marginaliste (théorie), **36**, 437

Matrice des gains, **518**, **1257**

Maximisation (des utilités), 99, 126, 181, 456, **479**, 486, 514, 1265

Microéconomie, **36**, 437, **438**, 457

Modèle,

concessif, 47, 97, 166, 208, 211, **212 à 290**, 291 à 296, 297, 301, 361, 423, 748, 761 à 763

économique du projet, 528, **529 à 533**

financier du projet, 528, 533, **534 à 536**

Monitoring/surveillance, 563, 567, 573, **574 à 583**, 597, **708**, 710, 830, 877, **962**, 965, 1003, 1024, 1059, 1095, 1121, 1124, **1127**, 1152, **1165**, **1168**, 1191, 1263, 1266, 1286, 1289

Monopole, 587

bilatéral, **1207**, 1256

naturel, 600, **603**, 648

privé, 19, **28**, 99, 125, 876, 1134, 1140

public, 3, **4**, 19, 99, 125, 1087, 1140

Montage, 14, 15, 31, 32, 45, 51, 52, **61**, 63, 299, 405, 427, 497, 498, **504**, 505, **507 à 513**, 540, 545, 571, 630, 634, 641, 728, 753, 758, 807, 813, **827**, 916, 935 à 937, 957, 961, 1008, 1098, 1114, 1120, 1123, 1128, 1299

Mutabilité (principe de), 157, 264, 313, 317, **319 à 321**, 331, 349, 408

N

Nationalisations, 29, 100, 101, **108**, 1110 à 113, 126, 182, 627, 839, 1256

Neutralité axiologique, 18, 56

O

Observabilité, 477, **1303**

Offres spontanées/projets d'initiative privée, 29, 1148, 1154, **1155 à 1158**

Optimalité (v. aussi efficacité), 37, 38, 442, 444, **445 à 447**, 456, 467, 527, 605, 681, 781, 815, 824, 831, 1042, 1049, 1050, 1060, 1063, 1116, **1117 à 1118**, 1122, **1123**, 1126, 1128, 1129, 1252, 1266

Optimisation de la dépense publique (ODP), 168, **169 à 173**, 296, 393, 419, 420, 726, 744, **746**, 747, 1118, 1119, 1120

Options (call/put), 144, 703, 718, **854**, **855**

P

Pacta sunt servanda, 50

Pareto (critère de), 445, **446 à 447**, 467, 1118

Partenariat public-privé,

contractuel, **84 à 86**

institutionnel, **84 à 86**, **87 à 89**

Partnerships UK, **400**, **401**

Pass-through (modalité), **1056 à 1059**

Pragmatique (modèle), 7, **60**, 63, 104, 114, 197, 204, 336, 337, 407, 1063, 1086, 1189, 1191

Préférence (individuelle), 37, **446**, 461, **588**, 705

Principal (v. aussi théorie de l'agence), **566**, **567**, 569, **753**

Private Finance Initiative (PFI), 301, 396, **397 à 421**

Private finance panel (UK), **399**

Private finance units (UK), **400**

Privatisations, 19, **28**, **29**, 97, **99**, 100 à 101, **106 à 124**, 125, **126**, 180, **181 à 182**, 222, 329, 397, 984

Project financing/finance, 8, 9, **10**, 47, 149, 166, 207, 209, **423 à 428**, 430, 456, 495, 496, **497 à 606**, 607, 690, 697, 699, 708, 716, 728, 731, 748, 753, 803, 809, 827, 835, 849, 876, 892, 895, 1104, 1121, 1148, 1255

Project manager/Ensemblier, **956 à 961**, 983, 985, 987

Propriété publique, 4, 101, 109, 135, 211, 301, 337, **338**, **339**, 343, 360, 890, **1198**

Public choice theory/Théorie des choix collectifs, 1065, **1081 à 1086**

Q

Qualification juridique/légale, 44, 48, 49, 54, 195, 228, 254, 282, 286

Qualité (principe/standard de), 5, 24, 38, 99, 139, **325 à 329**, 332, 404, 406, 407, 411, 412, 416, **790**, 846, 860, 862, 884, 885, 926, 949, 967, 993, 1020, 1030, 1040, 1044, 1047, **1052**, **1053**, 1054, 1055, 1094, **1107**, 1117, 1123, 1125, 1128 à 1130, 1142, 1168, 1188, **1192**, 1221, 1252

R

Rareté, 37, 441

Rapport,

vertical, 565, **918**

horizontal, 565, **918**

Ratio dettes/fonds propres, 405, **815 à 817**

Rebus sic stantibus, 49

Réceptions d'ouvrages, 952, **988**

Réciprocité/ « Tac- au tac », 517, **523**, **524**, **1260**, 1261, **1272**, 1273

Régie, 103, 203, 217, 221, 413, 420

intéressée, 283, **284 à 286**

Régulateur (v. aussi agence de régulation), 21, 801, 1095, 1140, 1234, 1235, 1237, **1241**, 1242, **1248**, 1250

Régulation, 3, 99, 131, 603, 877, 1125, **1140**, 1164, 1165, **1180**, 1186, 1214, 1216, 1239, **1240**, **1241**, 1242, 1267, 1270, **1271**, 1278, **1279 à 1288**, **1290**, 1292, 1294, 1304

Renégociation, 189, 192, 195, 804, 866, 910, 1046, 1093, 1111, 1150, 1188, **1189**, 1190 à 1192, 1203, **1204 à 1229**, 1232, **1233**, 1234, 1236 à 1242, 1247, 1250, 1256, 1276

Rentabilité (du projet), 10, 127, 209, 297, **299**, 300, 425, 427, 497, 501, 503, **505**, 511, 561, 606, 607, 637, 638, 648, 650, **726 à 747**, 748, 801, 862, 926, **997**, 1000, 1002, 1060, 1088, 1089, 1095, **1096**, 1097, 1098, **1099**, **1100**, 1101, **1120**, 1160, 1265 à 1267

Rente (recherche de la), 20, 21, **1234**, 1237, **1242**

Réputation (effet de), 267, 663, 827, 926, 1180, **1262**, **1277**, **1278**, **1290**, 1314

Risques (notion-analyse-répartition-gestion-rémunération), 17, 18, 20, 21, **89**, **142 à 146**, 187, 295, **296**, **298**, **392**, 409, 415, **417**, **469 à 470**, 503, **504**, 511 à 513, 556, **557**, **606**, **608 à 725**, **1106 à 1113**

Rupture efficace (théorie de la)/ « Efficient breach theory », **491 à 492**

Ryrie rules (UK), 411, **412**

S

Services publics, 20, 45, 62, 80, 94, 142, 147, 155, 156, 170, 171, 196 à 198, 200, **204**, 210, 211, 224, 227 à 229, 234 à 243, 247 à 249, 254, 259, 262, 264, 269, 270, 278 à 281, 284, 287, 288, 290, 296, 299, 301, **302 à 337**, 342, 343, 347, 349, 351 à 358, 360 à 364, 367, 368, 410, 420, 765, 785, 789, 909, 1061, **1090**, 1101, **1117**, 1192, 1197, 1198

Secteur public, 6, 19, 30, 80, 92, 93, 100, **102 à 105**, 107, 111, 112, 115, 123, 130, 138, 168, 173, 175, 183, **184 à 187**, 242, 392, 404, 411, 419, 445, 750, 822, 866

Sélection du partenaire privé/concessionnaire (procédures de), 11, 44, 294, **603**, **1148 à 1158**

Signalling (technique de), 27, **494**, 1277, 1311

Société

d'économie mixte, **88**, 97, 128, **129 à 138**, 221, 287

de marché, **3**

du projet, 13, 71, **89**, 339, 405, **508**, 509, 572, **573**, **598**, 689, **698 à 702**, **743 à 744**, 893, **895 à 896**, **914 à 948**, 1059, **1121**, **1122**, 1224, **1163**, 1254, **1274**, 1311

Sous-traitance

de spécialité/Specialty contracting, **974 à 976**

Special purpose vehicle (SPV), 405, 810, **914**
Subordination/Mezzanine (financement par), 736, 809, 811, **812**, **813**, 818 à 823, 931, 1048
Substitution/Step-in (clause de), 89, **353**, 693, 904, 905, **906**, 908, **910**, **911**, 1191
Subsumption, 44
Subventions, 144, 227, 250, 282, 299, 737, 740, **741**, 841, 873, **877**, 1094
Superficie (droit de), 197, 369
Supply or pay (modalité/clause), **1030**, **1031**, 1037, 1039
Sûretés,
 négatives/défensives, **887 à 896**
 pratiques/opérationnelles, **897 à 911**
Swaps (de devises/de taux d'intérêt), 703, 718, **850**, **851**

T

Term sheet, 536, **542**, **576**, **577**, 820
Testing, 1050, **1052**
Transparence contractuelle, 977 à 980
Treasury Task Force (UK), 400

U

Usage (droit d'), **1058**, 1059 à 1060
Utilité personnelle, 6, 37, **61**, 438, 439, 456, **479**, 481, 566, **669**, 1083, 1087, 1090, 1103, 1266, 1313

V

Value for Money, 410, **411 à 418**, **421**
Vérifiabilité, 1201, **1303**
Viabilité du projet, 26, 394, 638, 729, **730**, **732**, 764, 765, 801, 834, 971, 1025, 1089, 1095, 1096, **1097 à 1098**, 1237

W
X
Y
Z